

10225

INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO

Departamento de Derecho

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE
RECEIVED
30 SET. 1997
LIBRARY

**EL USO DE LOS PRECEDENTES EN LOS SISTEMAS EUROPEOS DE  
DERECHO CODIFICADO. LOS EJEMPLOS ESPAÑOL,  
ALEMÁN Y HOLANDÉS**

Tesis depositada para la obtención del título de  
Doctor del IUE

Leonor MORAL SORIANO

Florenia (Italia), Septiembre 1997



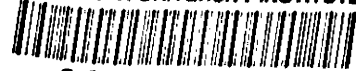






10050

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE



3 0001 0026 4473 2

FF

**INSTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO**

**Departamento de Derecho**

**EL USO DE LOS PRECEDENTES EN LOS SISTEMAS EUROPEOS DE  
DERECHO CODIFICADO. LOS EJEMPLOS ESPAÑOL,  
ALEMÁN Y HOLANDÉS**

Tesis depositada para la obtención del título de  
Doctor del IUE

**Leonor MORAL SORIANO**

Miembros del tribunal de tesis:

Prof. Marie-Jeanne Campana, IUE

Prof. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Universidad Autónoma de Madrid

Prof. Massimo La Torre, EUI (supervisor)

Prof. Michele Taruffo, Universidad de Pavia

LAW  
Gcjh9  
MOR

Florenzia (Italia), Septiembre 1997





# Índice General

Agradecimientos	vii
Lista de abreviaturas	1
Introducción	3

## **I Estudio crítico del razonamiento jurídico y estudio analítico-normativo del fundamento y uso de los precedentes 19**

<b>1 El concepto de autoridad en el razonamiento práctico de J. Raz</b>	<b>21</b>
1.1 Razonamiento práctico de Raz . . . . .	23
1.1.1 Razón para la acción . . . . .	24
1.1.2 Razones de primer orden y razones de segundo orden. Conflictos de razones . . . . .	24
1.1.3 Los dos niveles del razonamiento práctico . . . . .	27
1.2 El razonamiento jurídico . . . . .	27
1.3 La tesis de las fuentes . . . . .	28
1.3.1 La tesis de la separación entre el derecho y la moral . . . . .	29
1.4 La tesis de la autoridad legítima . . . . .	33
1.4.1 El enfoque indirecto . . . . .	34
1.5 La autoridad legítima y el razonamiento práctico . . . . .	39
1.6 El precedente como razón de segundo orden excluyente . . . . .	42
1.6.1 La doctrina del precedente y la discrecionalidad de los jueces . . . . .	43
1.7 Indicando las líneas de crítica . . . . .	45

<b>2</b>	<b>La función de la autoridad en el razonamiento retórico</b>	<b>49</b>
2.1	Los pilares de la teoría de la argumentación . . . . .	50
2.1.1	El aspecto no formal de la nueva retórica . . . . .	52
2.1.2	El aspecto contextual de la nueva retórica . . . . .	58
2.1.3	El aspecto discursivo y práctico de la nueva retórica . . . . .	62
2.1.4	La eficacia del razonamiento retórico: la adhesión del auditorio . . .	64
2.2	Algunos comentarios críticos a la nueva retórica . . . . .	65
2.2.1	El aspecto práctico de la nueva retórica . . . . .	65
2.2.2	El análisis de los argumentos: entre un análisis normativo y otro analítico. . . . .	66
2.2.3	La vaguedad del aspecto discursivo de la nueva retórica. . . . .	67
2.3	De la nueva retórica al razonamiento jurídico . . . . .	67
2.3.1	Trasladando la nueva retórica a lo jurídico . . . . .	68
2.3.2	Algunas valoraciones críticas de la distinción entre el razonamiento filosófico y el razonamiento jurídico . . . . .	70
2.4	La autoridad en la lógica jurídica . . . . .	73
2.4.1	La paradoja de la autoridad en la nueva retórica . . . . .	73
2.4.2	El papel de la autoridad en el razonamiento jurídico . . . . .	74
<b>3</b>	<b>A modo de síntesis</b>	<b>79</b>
3.1	Una primera aproximación teórica . . . . .	79
3.2	Alejándonos de Raz . . . . .	80
3.2.1	El concepto normativo de autoridad . . . . .	80
3.2.2	La incompatibilidad de autoridad excluyente en el razonamiento jurídico . . . . .	82
3.3	Poniendo la autoridad en su sitio . . . . .	84
3.4	Una estructura recíproca . . . . .	86
3.5	Dando un paso más . . . . .	88
<b>4</b>	<b>La aplicación adecuada del derecho</b>	<b>91</b>
4.1	El carácter discursivo de la justificación y la aplicación de las normas . . .	92

4.2	Una versión débil de justificación . . . . .	94
4.2.1	Dos interpretaciones de U . . . . .	94
4.3	La distinción entre justificación y aplicación de las normas morales . . . . .	96
4.4	La lógica del discurso de aplicación . . . . .	99
4.4.1	Tres actividades para un discurso . . . . .	100
4.5	La tesis sobre el discurso jurídico . . . . .	105
4.6	La lógica del discurso jurídico como discurso de aplicación . . . . .	111
4.7	El papel de los precedentes en el discurso de aplicación jurídica . . . . .	114
4.8	El discurso de aplicación ¿es realmente un discurso distinto? . . . . .	116
4.8.1	La versión débil del discurso de justificación . . . . .	117
4.8.2	El contenido del discurso de aplicación . . . . .	119
4.9	Las críticas a la tesis del discurso jurídico como discurso de aplicación . . .	121
4.9.1	Sobre el conflicto de normas en el razonamiento jurídico . . . . .	121
4.9.2	Sobre el principio de adecuación jurídica . . . . .	123
4.10	Conclusiones . . . . .	124
5	La justificación racional del derecho . . . . .	127
5.1	Los baluartes de la teoría discursiva de Alexy . . . . .	128
5.1.1	La teoría del discurso práctico . . . . .	128
5.1.2	La teoría procedimental . . . . .	130
5.2	El discurso práctico general . . . . .	131
5.2.1	El propósito del discurso práctico general . . . . .	131
5.2.2	Las reglas y formas de justificación . . . . .	132
5.3	Las debilidades del discurso práctico general: la necesidad del discurso jurídico . . . . .	136
5.4	Teoría de la argumentación jurídica. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general . . . . .	140
5.5	La lógica del razonamiento jurídico . . . . .	141
5.5.1	El propósito del razonamiento jurídico . . . . .	141
5.5.2	Las reglas y formas de fundamentación jurídica . . . . .	142

5.6	La necesaria conexión entre discurso práctico general y discurso jurídico . .	149
5.7	Algunos puntos débiles . . . . .	153
5.7.1	Críticas dirigidas al discurso práctico general . . . . .	153
5.7.2	Críticas a la conexión necesaria entre derecho y moral . . . . .	156
5.7.3	Críticas al discurso jurídico . . . . .	157
5.8	Algo que rescatar . . . . .	160
<b>6</b>	<b>Fundamentación y uso de los precedentes</b>	<b>163</b>
6.1	Un fundamento racional . . . . .	164
6.1.1	Un abanico de fundamentos . . . . .	166
6.2	El argumento ab exemplo . . . . .	166
6.3	El argumento de autoridad . . . . .	168
6.4	La regla de justicia . . . . .	172
6.4.1	La regla de universalidad . . . . .	173
6.4.2	La regla de consistencia: los precedentes en la justificación interna .	175
6.4.3	El principio de inercia: los precedentes en la justificación externa .	182
6.5	Conclusiones . . . . .	191
<b>II</b>	<b>Estudio empírico del uso de los precedentes</b>	<b>193</b>
<b>7</b>	<b>El precedente en el sistema jurídico español</b>	<b>195</b>
7.1	Las líneas del sistema judicial español . . . . .	195
7.1.1	La jurisdicción constitucional . . . . .	196
7.1.2	La jurisdicción ordinaria . . . . .	196
7.2	La motivación y la publicación de las decisiones del TS . . . . .	199
7.2.1	La estructura de la motivación judicial . . . . .	200
7.2.2	La publicación de las decisiones judiciales . . . . .	201
7.3	El modelo de razonamiento jurídico del TS . . . . .	202
7.4	El tratamiento jurídico de las decisiones precedentes . . . . .	204
7.4.1	Los precedentes del TC . . . . .	204

7.4.2	La jurisprudencia del TS . . . . .	206
7.4.3	Valoración del tratamiento jurídico de las decisiones judiciales . . .	213
7.5	El fundamento de la jurisprudencia: la casación . . . . .	213
7.5.1	La evolución histórica de la casación . . . . .	213
7.5.2	La función y fundamento de la casación . . . . .	215
7.6	El uso de la jurisprudencia en la argumentación jurídica . . . . .	217
7.6.1	La jurisprudencia del TS como argumento de autoridad . . . . .	217
7.6.2	La jurisprudencia del TS como instrumento de control y unificación de la interpretación . . . . .	220
7.6.3	Algunos puntos débiles de la casación . . . . .	224
7.7	El valor de la jurisprudencia . . . . .	225
7.7.1	El fundamento de la “nueva”jurisprudencia . . . . .	227
7.7.2	El “nuevo”fundamento de la casación . . . . .	229
7.7.3	La función de la “nueva”casación . . . . .	230
<b>8</b>	<b>El precedente judicial en el sistema jurídico alemán</b>	<b>233</b>
8.1	Las líneas de la organización judicial alemana . . . . .	234
8.1.1	La jurisdicción constitucional . . . . .	234
8.1.2	La jurisdicción no constitucional . . . . .	234
8.2	El estilo y publicación de las decisiones judiciales . . . . .	238
8.2.1	El estilo de las decisiones y la obligación de motivar . . . . .	238
8.2.2	La publicación de las decisiones judiciales . . . . .	239
8.3	Tratamiento jurídico de las decisiones judiciales precedentes . . . . .	240
8.3.1	Decisiones precedentes y precedentes judiciales . . . . .	240
8.3.2	Las decisiones del BVerfG . . . . .	241
8.3.3	El tratamiento jurídico de las decisiones del BGH . . . . .	243
8.4	Un breve análisis del derecho judicial . . . . .	247
8.4.1	El derecho judicial y su justificación . . . . .	248
8.4.2	La vinculación del derecho judicial . . . . .	252
8.5	El análisis teórico de los precedentes judiciales . . . . .	252

8.5.1	La vinculación jurídica de los precedentes . . . . .	253
8.5.2	La vinculación metodológica de los precedentes . . . . .	258
8.5.3	La reconstrucción teórica del valor de los precedentes en el sistema judicial alemán . . . . .	262
8.6	El tratamiento jurisprudencial de los precedentes . . . . .	265
8.6.1	El reconocimiento de su relevancia práctica . . . . .	265
8.6.2	La valoración de su seguimiento . . . . .	266
<b>9</b>	<b>El precedente en el sistema jurídico holandés</b>	<b>271</b>
9.1	Las líneas de la organización judicial holandesa . . . . .	272
9.2	Estilo y publicación de las decisiones del Hoge Raad . . . . .	273
9.3	La motivación de las decisiones . . . . .	276
9.4	Tratamiento jurídico de los precedentes . . . . .	282
9.5	Un abanico de fundamentos teóricos . . . . .	285
9.5.1	El mejor de los comienzos: la obra de J. Drion . . . . .	285
9.5.2	Mirando al sistema anglosajón . . . . .	288
9.5.3	Volviendo la mirada al continente . . . . .	289
9.6	Un ¿nuevo? fundamento: la casación . . . . .	291
9.7	La práctica más destacable . . . . .	294
9.7.1	El uso no consciente y consciente de los precedentes . . . . .	294
9.7.2	Separarse, ampliar o crear precedentes . . . . .	296
9.8	Valoración de la práctica holandesa . . . . .	300
	<b>Conclusiones</b>	<b>303</b>
	<b>Bibliografía</b>	<b>313</b>



# Agradecimientos

De todas las páginas que forman esta investigación, la que ahora recorre el lector es la que más deseaba escribir. En parte porque representa la conclusión de la tarea que he llevado a cabo durante estos años en el Instituto Universitario Europeo; en parte, y sobre todo, porque así podré agradecer la colaboración de los muchos que han participado en esta importante tarea.

Sólo puedo tener palabras de sincero y cálido agradecimiento para el Prof. Massimo La Torre. Este trabajo es fruto de su magnífica supervisión y de las ideas que me han ido surgiendo a lo largo de nuestra rica e incesante discusión. Él me ha ofrecido también bienes valiosos para el futuro: me ha enseñado a investigar y me ha contagiado su pasión científica.

Agradezco la ayuda de cuantos me han preservado de tantos errores. Al Prof. Juan Carlos Bayón por la gran utilidad de sus comentarios en torno al pensamiento raziano; al Prof. Luís Prieto por el seguimiento de los capítulos teóricos de esta investigación; al Excmo. Magistrado del Tribunal Supremo Sr. Juan Antonio Xiol Ríos que me enriqueció con su concepción de los precedentes judiciales y me ayudó en el análisis del sistema jurídico español; también a la Prof. Marina Gascón por sus sugerencias relacionadas con el sistema español; muchas gracias a Jacobien Rutgers sin cuyo entusiasmo e inestimable ayuda no habría podido abordar un riguroso análisis del uso de los precedentes en Holanda; agradecimiento éste que se hace extensivo al Prof. Reiner de Winter por sus correcciones y comentarios sobre el sistema jurídico holandés.

No puedo olvidar a todos los amigos a quienes torturé con la lectura de partes de esta investigación. Dicen que algo entendieron (haciendome así el mejor cumplido) e incluso ahora discuten sobre teoría del derecho en sus ratos libres: Mónica Mendez Lago, Mireia Grau Creus, Antonio Peña Freire, Eva Anduiza Perea, Manuel Herrero Sánchez y Ana Lasaosa. Muy especialmente agradezco la ayuda y el apoyo de Bauke Visser que tantas veces puso orden en el caos y armonía en la desesperanza.

Finalmente quiero agradecer a los miembros del tribunal de tesis su participación en

la recta final de mi tarea: Prof. Luís Díez-Picazo. Prof. Michele Taruffo y Prof. Marie-Jeanne Campana.

# Lista de abreviaturas

En el sistema jurídico español:

**Cc** Código Civil

**Ce** Constitución Española

**LEC** Ley de Enjuiciamiento Civil

**LECr** Ley de Enjuiciamiento Criminal

**LO** Ley Orgánica

**LOPJ** Ley Orgánica del Poder Judicial

**STC** Sentencia del Tribunal Constitucional

**STS** Sentencia del Tribunal Supremo

**TC** Tribunal Constitucional

**TS** Tribunal Supremo

En el sistema jurídico alemán:

**AGG** Arbeitsgerichtsgesetz (Ley de la Jurisdicción Laboral)

**BAG** Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal Laboral)

**BFH** Bundesfinanzhof (Tribunal Federal Tributario)

**BGB** Bürgerlichesgesetzbuch (Código Civil)

**BGH** Bundesgerichtshof (Tribunal Federal —civil y penal)

**BSG** Bundessozialgericht (Tribunal Federal Social)

**BVerfG** Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Federal)

**BVerfGE** Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Decisión de la Corte Constitucional Federal)

**BVerfGG** Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Ley de la Corte Constitucional Federal)

**BVerwG** Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal Administrativo)

**FGO** Finanzgerichtsordnung (Ley de la Jurisdicción Tributaria)

**GG** Grundgesetz

**GVG** Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Tribunales Constitucionales)

**LSG** Landessozialgericht (Tribunal Social Superior)

**SGG** Sozialgerichtsgesetz (Ley de la Jurisdicción Social)

**VwGO** Verwaltungsgesetzordnung (Ley de la Administración Pública)

**ZPO** Zivilprozessordnung (Ley de Procedimiento Civil)

En el sistema jurídico holandés:

**AB** Algemene Bepaling (Ley de Condiciones Generales)

**BW** Burgerlijk Wetboek (Código Civil)

**HR** Hoge Raad (Tribunal de Casación)

**NJ** Nederlandse Jurisprudentie (Jurisprudencia Holandesa)

**NJB** Nederlandse Jurisblad (Revista Jurídica Holandesa)

**RO** Wet op de rechterlijke organisatie (Ley de Organización Judicial)

**WVW** Wegenverkeerswet (Ley de Tráfico)

# Introducción

## El interés de los precedentes judiciales

La ciencia del derecho viene mostrando un creciente interés por el papel que las decisiones judiciales anteriores tienen en la solución de casos futuros. Tanto es así que, en el ámbito de los sistemas europeos de derecho codificado, hemos pasado de hablar de la *jurisprudencia* de los órganos de casación a los *precedentes*; de posiciones como “la jurisprudencia no es fuente del derecho” a “hay que tener en cuenta los precedentes”, reconociéndoles de este modo cierta relevancia jurídica.

Los jueces y tribunales de los sistemas jurídicos continentales traen decisiones anteriores a la argumentación jurídica y a la justificación de sus nuevas decisiones; a esta relevancia *de hecho* de los precedentes se le suma el interés por su valoración teórica plasmado en un creciente número de publicaciones al respecto. Dos razones (no del todo desconectadas entre sí) explican este interés práctico y teórico: el acercamiento de los sistemas jurídicos continentales y de derecho común, y la evolución del modelo de razonamiento jurídico.

No hay duda de que hoy en día las normas legislativas son cada vez más relevantes en sistemas jurídicos basados en los precedentes (los de derecho común), mientras que, simultáneamente, en los sistemas basados en el derecho escrito (los continentales) el uso de los precedentes judiciales es un recurso ahora habitual en la interpretación del derecho y la justificación de las decisiones. Esta convergencia coadyuva a la desaparición de nítidas fronteras entre ambos sistemas jurídicos. Los precedentes son de lo más elocuente al respecto: ni éstos tienen una fuerza vinculante irresistible en los sistemas de derecho común, ni son irrelevantes para los sistemas de derecho continental. Este acercamiento, protagonizado por los sistemas de derecho común y de derecho civil, determina un cambio de perspectiva en los estudios teóricos sobre el precedente: los que proceden de la cultura jurídica anglosajona tienden a suavizar la regla o doctrina del precedente (o *stare decisis*<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> Por *stare decisis* hay que entender la regla que atribuye valor vinculante a las decisiones judiciales de

y hablan no tanto de su fuerza (*strength*) cuanto de su ámbito (*scope*<sup>2</sup>); en los sistemas de derecho civil, por otro lado, además de los estudios en torno al valor fonticio de los precedentes, son cada vez más numerosas las obras dedicadas al análisis de su papel en la práctica judicial<sup>3</sup>.

También la evolución del modelo de razonamiento jurídico explica el creciente interés por los precedentes judiciales. Jueces y tribunales resuelven los asuntos según un modelo que Wróblewski denomina de aplicación legal y racional del derecho (*legal and rational judicial decision-making*<sup>4</sup>). De acuerdo con éste, la decisión judicial debe estar basada en normas jurídicas válidas y, además, debe estar racionalmente justificada<sup>5</sup>, esto es, apoyada en razones. La aplicación del derecho, por lo tanto, deja de ser una actividad exclusivamente silogística y torna en un razonamiento argumentativo y justificativo. Así, además de la validez de las normas jurídicas, habrá que considerar otros argumentos tanto jurídicos (los precedentes o la ciencia del derecho), cuanto extra-jurídicos (razones económicas, sociales o morales) para decidir racionalmente. A las decisiones judiciales precedentes se les reserva un lugar en este razonamiento judicial: el que se atribuye a los argumentos utilizados en la justificación jurídica.

## La novedad de los precedentes en los sistemas jurídicos continentales

Parece, de las anteriores consideraciones, que la incorporación de los precedentes a la práctica judicial continental sea algo relativamente novedoso, cuando, realmente, en los sistemas jurídicos inspirados en el modelo francés, las decisiones judiciales han recibido un concreto (aunque confuso) tratamiento jurídico: el propio de la casación. Si bien

---

los órganos más altos. Un clásico de la literatura jurídica anglosajona sobre la doctrina del precedente es el libro de R. CROSS, *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.

<sup>2</sup>Cfr. L. ALEXANDER, "Precedent", en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por D. Patterson, Blackwell, 1996, pp. 503 y ss.

<sup>3</sup>En este sentido véase, entre otros, R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978; J.A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro Derecho", en *Poder Judicial*, 1982, pp. 25-40.

<sup>4</sup>Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, traducción inglesa de J. Wróblewski, Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 305 y ss.

<sup>5</sup>*Ibidem*, p. 311. Wróblewski se refiere tanto a la racionalidad interna (comprendida como un examen de corrección lógico-formal), cuanto a la racionalidad externa (entendida como un examen de correspondencia con criterios jurídicos y extra-jurídicos).

la casación judicial (institución emblemática de los sistemas continentales) fue en sus orígenes un instrumento de control de la capacidad creadora de los jueces (condenados a ser la "boca del derecho"), paulatinamente este control se orientó hacia la uniformidad de la aplicación judicial del derecho. Se debe hablar entonces de *jurisprudencia*: decisiones judiciales emitidas por los más altos órganos judiciales, e investidas de cierta autoridad por el ordenamiento jurídico.

La autoridad de la jurisprudencia estriba en la posibilidad de fundamentar el recurso extraordinario de casación en la violación o no seguimiento de la doctrina establecida por el órgano de casación. Así, jueces y magistrados orientan su interpretación de acuerdo con los criterios interpretativos elaborados por el órgano de casación; de no hacerlo así las decisiones pueden ser recurridas. No existe pues una obligación de seguir la jurisprudencia (sólo pensable en los sistemas de derecho común), pero el no seguimiento motiva el recurso jurisdiccional.

Con la casación, la jurisprudencia se consolida en los sistemas jurídicos continentales. Es un instrumento de control de la uniformidad en la aplicación del derecho, y se fundamenta en los principios de predictibilidad de las decisiones y de seguridad jurídica.

El interés de la jurisprudencia, y con ella del control jurisdiccional de la uniformidad, no debe ocultar otro significado y uso de las decisiones judiciales anteriores en los sistemas continentales: el *uso argumentativo de los precedentes*. Wróblewski ha denominado esta práctica *tomar en cuenta el precedente por los tribunales en sus propias decisiones*, o incluso *basar en el precedente las decisiones del tribunal*<sup>6</sup>. Consiste en la referencia a decisiones anteriores que jueces y magistrados realizan con el fin de aportar un argumento extra en la justificación jurídica. Es ésta una práctica que denota, en primer lugar que el ámbito de los precedentes es el de la interpretación y justificación de nuevas decisiones, y en segundo lugar, que ésta relevancia práctica prescinde de un tratamiento jurídico que imponga el seguimiento de los precedentes.

Parece pues oportuno formular el concepto de precedente en los siguientes términos: toda decisión judicial anterior relevante para la solución de casos futuros es un precedente. Una definición elemental que destaca por la ausencia de cualquier referencia a la fuerza vinculante, es decir, al aspecto de autoridad o autoritativo de los precedentes. Por ello, insisto una vez más, el ámbito de los precedentes no será el del control jurisdiccional de la actividad judicial, sino más bien la argumentación y justificación de decisiones judiciales.

---

<sup>6</sup>Cfr. J. WRÓBLEWSKI, "Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*", en "*Sentido*" y "*Hecho*" en el derecho, traducción de F.J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 224.

Creo que este sentido de *precedentes* y este ámbito *argumentativo* de su relevancia si es de reciente incorporación en la práctica judicial continental.

La razón por la que esta incorporación ha suscitado el interés de la ciencia del derecho se encuentra en una carencia (comprensible) de los sistemas jurídicos continentales: no existe una teoría general de los precedentes<sup>7</sup>, a la manera de la *doctrina de la jurisprudencia* o *doctrina de los precedentes* anglosajona. Por eso, cuestiones esenciales tales como ¿por qué se debe "tomar en cuenta los precedentes"?, o ¿cómo se deben utilizar en el razonamiento del juez continental? quedan sin respuesta.

Esta carencia es lo que justifica mi investigación doctoral, que quiere ser un estudio analítico-normativo sobre *a)* las razones por las cuales una decisión anterior es relevante para un caso futuro, y sobre *b)* el modelo que explica cómo utilizar una decisión anterior en la solución de un caso futuro. En otras palabras, mi investigación versa sobre el *fundamento y uso* de los precedentes en los sistemas jurídicos continentales.

## Empezar con buen pie

No creo, y en esto sigo una línea teórica mayoritaria, que el recurso a la doctrina de los precedentes anglosajona sea el instrumento adecuado para elaborar una teoría general del precedente en el derecho continental. Las diferencias en la organización judicial, en la teoría de las fuentes, en la cultura jurídica y en la práctica judicial, señala Taruffo, apuntan hacia una fundamentación y un uso también diferente de los precedentes en ambos sistemas<sup>8</sup>. Creo que sea un error metodológico adoptar una teoría, la de los precedentes anglosajones, que es extraña al sistema continental, para explicar un fenómeno como la referencia a decisiones anteriores. Y es un error porque difícilmente se podría así comprender (y menos reglar) una práctica que ha surgido al margen de una teoría de vinculación a los precedentes, es decir, al margen de una teoría (la del *stare decisis*) que es ajena a nuestros sistemas.

Un ejemplo de cómo no debe abordarse el estudio de los precedentes en los sistemas continentales lo ofrece el libro de Pilny<sup>9</sup>. La autora, tras describir la doctrina del precedente en los sistemas americano e inglés, traslada ésta al sistema alemán para explicar una práctica ya asentada (la referencia a decisiones anteriores). Las conclusiones que alcanza

---

<sup>7</sup>Cfr. M. TARUFFO, "Dimensioni del precedente giudiziario", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, p. 412.

<sup>8</sup>*Ibidem*, pp. 414-415.

<sup>9</sup>Véase K.L. PILNY, *Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1993.



son correctas, previsibles e irrelevantes: las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán (el órgano judicial que compara) no son vinculantes, y por lo tanto, no pueden considerarse precedentes judiciales. Efectivamente, precedentes en el sentido anglo-americano no existen en el sistema alemán (o cualquier otro continental). El interés radica en explicar por qué a pesar de carecer tal fuerza o valor los jueces alemanes (al igual que otros continentales) tienen en cuenta los precedentes. La doctrina del precedente, una vez más, se muestra incapaz de ofrecer respuesta alguna a esta práctica. En fin, una teoría que justifique y explique el valor y uso de los precedentes continentales no debe ser una copia o incluso una adaptación de la teoría anglosajona<sup>10</sup>.

La opción de abandonar la doctrina del precedente como modelo que inspire una teoría del precedente continental se justifica, además, por la falta de consenso, dentro de los sistemas de derecho común, acerca de la fuerza vinculante de los precedentes en la solución de casos<sup>11</sup>. Pero si la práctica de los precedentes es concebida de modo diverso por los distintos sistemas de derecho común, la valoración teórica de la doctrina del precedente es aún más dispar. Existe un continuo debate acerca del significado de términos como *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *following*, *distinguishing* u *overruling*. No hay que olvidar tampoco la discusión, tanto en el seno de la teoría americana, cuanto en la británica, acerca del verdadero fundamento y alcance del valor vinculante de los precedentes. Esta discusión está dominada por la tendencia a refutar una vinculación estricta a las decisiones anteriores<sup>12</sup>.

Una alternativa a la doctrina del precedente anglo-americana la representa la perspectiva de las fuentes del derecho. Esta opción supedita la cuestión del fundamento y uso de los precedentes a su consideración y reconocimiento como fuente del derecho.

El término *fuentes del derecho* es polisémico, hasta el punto que afirmaciones como "los precedentes son fuentes del derecho", o su negación "los precedentes no son fuentes del derecho" son superficiales si no se especifica antes qué se entiende por tales fuentes<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup>Cfr. M. TARUFFO, "Dimensioni del precedente giudiziario", citado, p. 415.

<sup>11</sup>Muy acertada al respecto resulta la lectura del libro de P.S. ATIYA, R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, editado por Z. Bankowski y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1987. Se trata de un estudio comparado de los sistemas estadounidense e inglés, que incide en la necesidad de reconocer notables diferencias entre ambos, ya sea en relación al valor concedido al derecho escrito, ya en relación a la fuerza vinculante atribuida a los precedentes.

<sup>12</sup>Un retrato acertado de este debate lo ofrece el libro *Precedent in Law* (1987), editado por L. Goldstein, Clarendon, Oxford, 1991.

<sup>13</sup>Wróblewski identifica hasta cinco significados: en sentido *creativo* fuentes del derecho son las normas de derecho en vigor; en su sentido *funcional* es aquello que influye en el contenido de las normas en vigor; en el sentido de su *validez* fuente del derecho es el fundamento de la fuerza obligatoria de una

Muchos de los estudios acerca del valor de las decisiones precedentes han adoptado la denominada (y criticada) por De Otto *concepción puramente académica* de las fuentes<sup>14</sup>. Según esta noción son fuentes del derecho las enumeradas como tales por el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. Por lo tanto, basta comprobar si las decisiones judiciales precedentes están incluidas o no en el catálogo o enumeración de fuentes de cada sistema, para concluir refutando o afirmando este carácter<sup>16</sup>.

El concepto académico de las fuentes del derecho no será la opción aquí elegida. En su lugar propongo abrazar otro concepto de fuente del derecho: el de fuentes-argumento. Según esta acepción:

Todo material que debe, debería o puede ser usado en la solución de problemas jurídicos se denomina fuentes del derecho<sup>17</sup>.

Dos ideas subyacen en la anterior definición. En primer lugar, lo que cualifica cualquier material (incluidas las decisiones anteriores) como fuente del derecho es su utilización en la actividad judicial, en la argumentación jurídica. En segundo lugar, su valor vinculante, o mejor, la obligación de referirse a ellas es una cuestión de grados. Por eso distingue Aarnio, siguiendo a Peczenik, tres categorías de fuentes: deben (*must*), deberían (*should*) y pueden (*can*) ser mencionadas<sup>18</sup>.

De acuerdo con esta graduación que representa la obligación más o menos fuerte de referirse a distintos argumentos, los precedentes son *should*-fuentes, es decir, argumentos a los cuales el juez debería referirse en la justificación de sus decisiones judiciales.

---

norma jurídica; fuente del derecho en el sentido de la *decisión* es aquello invocado en la motivación de las decisiones; y finalmente, en su sentido *informativo* son fuentes del derecho el material que contenga información sobre el derecho en vigor (cfr. J. WRÓBLEWSKI, "La jurisprudencia et la doctrine juridique en tant que source de droit", en *Rapports Polonais*, Ossolineum, Varsovia, 1974, p. 46).

<sup>14</sup>Cfr. I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 75.

<sup>15</sup>En el caso del sistema jurídico español, son fuentes (académicas) del derecho la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, incluidas todas ellas en el catálogo del art. 1.1 Cc.

<sup>16</sup>En el caso de que se refute el carácter fonticio de los precedentes, se crearán, en su lugar, categorías *ad hoc* que explican de alguna forma su relevancia práctica. Algunas de estas categorías son: vinculación fáctica, fuerza persuasiva, o fuente funcional. En el caso de que declaren a los precedentes como fuentes del derecho, estos estudios teóricos silencian sobre cómo deban ser utilizados en la práctica jurídica.

<sup>17</sup>A. AARNIO, "On the Sources of Law", en *Rechtstheorie*, 1984, p. 395. La traducción es mía. Conviene hacer ahora una precisión de estilo que servirá para el resto de la investigación. He preferido citar autores no españoles en castellano, transcribiendo la traducción al castellano (si existe), o bien, traduciendo yo misma la obra.

<sup>18</sup>Véase A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer Verlag, Viena, Nueva York, 1983, pp. 57 y ss.

Concluir que los precedentes son fuentes del derecho no equivale a ofrecer una respuesta a por qué los jueces deben tener en cuenta los precedentes, y menos aún, a cómo debe usarse este material en la actividad judicial. Es decir, la reflexión sobre el carácter fonticio de los precedentes no debe confundirse con la reflexión sobre su fundamento y uso en la interpretación y argumentación jurídica. Por eso no será la teoría de las fuentes del derecho el marco en el que propongo elaborar un modelo del fundamento y uso de los precedentes.

Aunque no adopte la perspectiva de las fuentes del derecho en mi investigación, sí considero esencial adoptar un concepto de fuentes a fin de ganar claridad en mi exposición. Abrazo la concepción según la cual son fuentes del derecho los argumentos que sirven a la solución de un caso. Este concepto de fuentes del derecho ofrece una ventaja en relación al estudio que me ocupa: indica qué líneas de investigación seguir. En primer lugar, incide en el uso argumentativo de las decisiones precedentes, la práctica que se dijo es el objeto de esta tesis doctoral. En segundo lugar, permite identificar definitivamente el marco de estudio de los precedentes: la aplicación del derecho, o si se quiere, la interpretación y justificación de las decisiones.

Debido a ello, la valoración teórica que aquí quiero hacer del fundamento y uso argumentativo de los precedentes requiere un previo análisis y comprensión del proceso de decisión judicial, es decir del razonamiento jurídico. Los elementos para la elaboración de una teoría del precedente deben buscarse en la teoría del razonamiento jurídico. Éste será el punto de partida de mi investigación.

Un gran número de las páginas que siguen están dedicadas al razonamiento jurídico, es decir, a la comprensión y valoración teórica del proceso de decisión judicial. Será éste un estudio previo que me permitirá más adelante defender la tesis según la cual los precedentes judiciales no sólo son de valor en la interpretación del derecho, sino que además su uso argumentativo es una garantía de la racionalidad de la justificación jurídica. Propongo, en fin, considerar los precedentes como una *técnica argumentativa*, y dotar a este uso de una justificación que será una *fundamentación gradual* dentro del razonamiento jurídico<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup>He denominado fundamentación gradual a la combinación de los siguientes argumentos: *ab-exemplo*, de autoridad y principio de igualdad. Por separado son insuficientes para explicar y justificar su uso; en su conjunto se complementan entre sí para ofrecer la mejor explicación de qué, por qué y cómo usar los precedentes.

## Estudio crítico del razonamiento jurídico

Más que meditar sobre el carácter fonticio o la fuerza vinculante de los precedentes, éstos me han ofrecido la oportunidad de reflexionar sobre el contenido de la actividad judicial. Una reflexión esencial si se tiene en cuenta, como sostiene Habermas, que la teoría del derecho es ante todo una teoría del razonamiento jurídico<sup>20</sup>. El objeto de la teoría del razonamiento jurídico es la tensión que existe entre la consistencia de la decisión jurídica, y su aceptabilidad racional (por seguir usando las palabras de Habermas<sup>21</sup>), entre la validez jurídica y la racionalidad, o entre el derecho y la moral. Al respecto, retengo que la actividad judicial debe concebirse como una actividad de *argumentación racional* que expresa un compromiso entre la predictibilidad de las decisiones -la vinculación al tenor literal del derecho- y la justicia -la vinculación a consideraciones morales o prácticas generales<sup>22</sup>.

La primera parte de esta investigación (Capítulos 1-5) está dedicada al estudio crítico de varios modelos normativos de razonamiento, o si se quiere, al análisis de distintas teorías sobre cómo se debe resolver la tensión entre el derecho y la moral. En cada una de estas teorías, además, es posible fundamentar y usar los precedentes de forma acorde al contenido del razonamiento jurídico propuesto.

Así, en la teoría de razonamiento jurídico de Joseph Raz<sup>23</sup> (Cap. 1) basada en la función ejecutiva del derecho, los precedentes son considerados enunciados normativos con autoridad (normas jurídicas) cuya función es excluir del razonamiento la consideración de razones carentes de autoridad (la moral).

La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman<sup>24</sup> (Cap. 2) ofrece una concepción distinta del razonamiento jurídico elaborado a partir de su carácter deliberativo. Según este modelo, los precedentes deben servir a la evaluación y valoración de los distintos

---

<sup>20</sup>Cfr. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, traducción inglesa de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, p. 197. Aquí he traducido el término *legal adjudication* como "razonamiento jurídico". Empleo la versión inglesa de la obra original en alemán (me refiero a *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992) porque creo que la primera resuelve problemas o dificultades terminológicas resueltas en la traducción inglesa.

<sup>21</sup>*Ibidem*, p. 198.

<sup>22</sup>Cfr. A. PECZENIK, "Legal Reasoning as Special Case of Moral Reasoning", en *Ratio Juris*, 1988, p. 121.

<sup>23</sup>Véase J. RAZ, *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>24</sup>Véase CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 1970.

argumentos (jurídicos o no) utilizados.

Aunque reconozco el aspecto autoritativo de los precedentes (Cap. 3), el carácter deliberativo del razonamiento jurídico impide atribuirles valor vinculante<sup>25</sup>. La autoridad de los precedentes no puede entenderse, por lo tanto, como el fundamento de su relevancia práctica. Por ello, un ulterior análisis del contenido del razonamiento jurídico deliberativo parece imprescindible si se quiere continuar el estudio del fundamento y uso de los precedentes.

Pasaré así al estudio de dos teorías discursivas: la de Klaus Günther<sup>26</sup> (Cap. 4) y la de Robert Alexy<sup>27</sup> (Cap. 5). En la primera, que entiende el razonamiento jurídico como un caso (especial) del discurso de aplicación, la función de los precedentes es coadyuvar a la coherencia del caso, es decir, a la relación entre una norma válida y la concreta situación de aplicación. En la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, que entiende el razonamiento jurídico como un caso especial del discurso de justificación práctico general, los precedentes sirven a la corrección procedimental de la justificación jurídica.

Existe, por lo tanto, una estrecha relación entre la teoría del razonamiento jurídico adoptada y la fundamentación y uso de los precedentes. Por ello, el anterior estudio crítico me sirve para ofrecer una aproximación a la teoría del razonamiento judicial, y elabora, después y en el marco de ésta, una teoría de los precedentes. En este sentido, la teoría de la argumentación de Perelman y aquella otra de Alexy ofrecen las líneas maestras para una teoría que concibe la actividad judicial como un razonamiento práctico, deliberativo, argumentativo, justificativo y procedimental.

El razonamiento jurídico (legislativo y judicial) es un *razonamiento práctico jurídico*. Es práctico porque versa sobre enunciados normativos que establecen qué debe ser, o qué se debe hacer (o no hacer). Es jurídico, y de ahí su particularidad, porque versa sobre unos enunciados normativos con autoridad: las normas jurídicas<sup>28</sup>. Decir que la actividad judicial es un razonamiento práctico jurídico equivale, por lo tanto,

---

<sup>25</sup> Los jueces no están, por lo tanto, obligados a seguirlos.

<sup>26</sup> Véase K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, traducción inglesa de J. Farrel, State University of New York Press, Albany, 1993. Por razones similares a las aducidas en el caso de Habermas, he optado, de nuevo, por la versión inglesa de un libro alemán; me refiero al de Günther *The Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988. La falta de claridad de la que adolece la exposición original creo que se resuelve en su traducción inglesa.

<sup>27</sup> Véase R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado.

<sup>28</sup> La incorporación de la autoridad (del derecho) en el razonamiento práctico permite distinguir a éste del razonamiento práctico jurídico. De ahí que inicie mi investigación con una reflexión a propósito del papel de la autoridad en el razonamiento práctico. La distinción entre razonamiento práctico general y razonamiento jurídico será, además, una constante en las teorías del razonamiento que analizaré.

a sostener que su objeto es lo que debe ser o lo que debe hacerse teniendo en cuenta el derecho (los enunciados normativos con autoridad).

Ahora bien, ¿significa lo anterior que el juez debe considerar *exclusivamente* las normas jurídicas? Existen no pocas situaciones en las que se plantea un conflicto entre enunciados normativos generales —enunciados morales— y enunciados normativos jurídicos —el derecho. Así, cuando se cuestiona la justicia de una norma jurídica española que impide desviar a gastos culturales el porcentaje de Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF) destinado a gastos militares, deben considerarse dos tipos de enunciados: uno de deber ser moral (qué es justo) y otro de deber ser jurídico (la norma que regula el IRPF). Cómo resolver este conflicto, equivale a preguntar sobre cuál es la función de la autoridad (léase el derecho), y sobre cuál es el papel de los argumentos morales en el razonamiento práctico jurídico.

Una primera respuesta la ofrece el aspecto *deliberativo* del razonamiento jurídico. Según éste, la función del derecho no puede ser tal que excluya la consideración de otras razones o argumentos no jurídicos. Una teoría del razonamiento jurídico no debe pretender que la solución a conflictos entre el derecho y la moral consista en impedir que lleguen a plantearse. Ésta es la estrategia elegida por Joseph Raz para quien la autoridad tiene una fuerza excluyente en el razonamiento jurídico. Así, ante un conflicto como el que puede plantear la objeción de conciencia impositiva, el juez raziano deberá decidir a favor de lo regulado, no porque sea lo mejor, o lo más razonable, o lo correcto, sino más bien porque la consideración de una norma jurídica excluye la de otras razones carentes de autoridad (las convicciones morales).

La teoría del razonamiento jurídico debe, ante todo, aceptar la posibilidad de que conflictos entre razones jurídica y no jurídicas se planteen, y ofrecer después, una solución que pase por la evaluación y valoración de las razones que vienen al razonamiento, es decir, debe ser un modelo deliberativo. Será la valoración de la fuerza, o la bondad, o la corrección de las razones (no su función excluyente) lo que determine qué decisión adoptar.

He elegido el marco de la teoría de la argumentación de Perelman para explicar éste aspecto deliberativo del razonamiento jurídico por dos razones. En primer lugar, Perelman ofrece el instrumento adecuado para llevar a cabo una deliberación práctica: los argumentos, o mejor, las técnicas argumentativas. Esta propuesta está acompañada de un amplio estudio analítico de su estructura, lo que facilitará la comprensión de su papel en la deliberación. Con este estudio analítico de los argumentos, Perelman añade al aspecto deliberativo del razonamiento jurídico su aspecto *argumentativo*: deliberar signi-

fica *argumentar* (apoyar en razones o argumentos) que la tesis o enunciado normativo sostenido es el mejor, es el más razonable. En segundo lugar, la elección de la teoría de Perelman se debe a que el suyo es un modelo que reconduce la autoridad a una técnica argumentativa que será objeto de evaluación y valoración<sup>29</sup>.

Que la actividad judicial sea una actividad deliberativa y argumentativa no dice nada, aún, sobre cómo deliberar y argumentar. Por eso, el siguiente paso en la definición de la actividad judicial lo ofrece el aspecto *justificativo* del razonamiento práctico. Las decisiones judiciales, que contienen disposiciones normativas autoritativas sobre qué debe ser o qué se debe hacer, deben justificarse, es decir deben apoyarse en argumentos. La teoría de la argumentación de Alexy ofrece respuesta a dos interrogantes fundamentales en el razonamiento práctico judicial: ¿qué argumentos justifican una decisión jurídica? y ¿cómo se justifica una decisión jurídica? Para responder a éste último interrogante Alexy propone una teoría *procedimental* según la cual la justificación debe transcurrir de acuerdo a las reglas y formas de argumentación que garantizan la corrección y la racionalidad de la misma (no del resultado). Al interrogante sobre los argumentos a utilizar, Alexy propone su tesis del caso especial según la cual el razonamiento jurídico tiene que ser considerado como un caso especial del razonamiento práctico general, de manera que se debe decidir conforme al derecho (ley, precedentes y doctrina) sin perder la conexión con la moral.

Los aspectos práctico, deliberativo, argumentativo, justificativo y procedimental del razonamiento jurídico trazan así las líneas de una teoría de la argumentación en cuyo seno me propongo elaborar un modelo normativo de fundamentación y uso de los precedentes. En concreto, sostengo que una teoría del razonamiento jurídico debe expresar un compromiso entre la predictibilidad de las decisiones –la vinculación al tenor literal del derecho– y la justicia –la vinculación a consideraciones morales o práctico generales. A este compromiso debe servir una teoría de los precedentes judiciales.

## Estudio analítico–normativo del fundamento y uso de los precedentes

En los sistemas jurídicos continentales las decisiones judiciales han recibido un tratamiento teórico relacionado con su función en la casación. Sin embargo el control de la

---

<sup>29</sup> Ambas observaciones (el estudio analítico de los argumentos, y la concepción argumentativa de la autoridad) son de gran relevancia para la elaboración de una teoría de los precedentes: las decisiones precedentes son argumentos que vienen a la deliberación jurídica, y la autoridad de los precedentes (aspecto utilizado para fundar su valor vinculante) se reconduce aquí a un argumento cuya fuerza será evaluable.

uniformidad de la actividad judicial no será la única tarea que se pueda atribuir a los precedentes judiciales. Es más, creo que esta función queda subordinada al potencial uso argumentativo de los precedentes en el ámbito del razonamiento jurídico. En qué consiste este uso, y cuál es su fundamento serán el objeto de una reflexión y valoración teórica plasmada en el capítulo 6 de esta investigación.

Abordaré el modelo teórico de los precedentes desde dos perspectivas metodológicas. Desde un punto de vista *analítico*, estudiaré la estructura de los precedentes en el seno del razonamiento jurídico. Desde un punto de vista *normativo* estableceré los fundamentos y criterios que deben guiar el uso argumentativo de los precedentes.

El eje de mi propuesta teórica radica en el deseo de ofrecer un modelo teórico que racionalice el uso de los precedentes *dentro* del razonamiento jurídico. De acuerdo con la teoría del razonamiento jurídico adoptada<sup>30</sup> las decisiones judiciales anteriores pueden ser objeto de un *uso interpretativo* del derecho, y un *uso argumentativo* o justificativo de las decisiones. En otras palabras, los precedentes judiciales ofrecen al juez un valioso instrumento en la interpretación de las normas jurídicas y, además coadyuvan, como técnica argumentativa, a la racionalidad de la argumentación jurídica. Esta doble relevancia práctica de los precedentes debe recibir un fundamento desde el mismo razonamiento jurídico. Sólo así se logra que las decisiones precedentes, su uso en la argumentación, revierta en la racionalidad del razonamiento jurídico.

Los pilares del modelo teórico que quiero defender se encuentran en la teoría de la argumentación de Perelman. En su *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Perelman propone hasta tres técnicas argumentativas que explican el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico: el argumento *ab exemplo*, el argumento de autoridad y la regla de justicia formal. Todos ellos formarán parte de lo que he denominado una *fundamentación gradual* de los precedentes: una fundamentación en la que cada argumento justifica un aspecto de los precedentes en la práctica judicial.

Así, el argumento *ab exemplo* justifica el uso interpretativo de los precedentes: puesto que las normas jurídicas no contienen su propia aplicación, para su interpretación el juez puede recurrir al sentido que recibieron con anterioridad. En este sentido, referirse a los precedentes equivale a referirse a los cánones interpretativos en ellos contenidos. El argumento *ab exemplo* justifica un uso esencial de los precedentes que, sin embargo, no representa su único contexto. Una cuestión, también esencial, como a qué precedentes hay que referirse escapa del ámbito del argumento *ab exemplo*. De ahí que haya que acudir a

---

<sup>30</sup>La actividad judicial, en líneas generales, debe entenderse como un razonamiento práctico, deliberativo, argumentativo, justificativo y procedimental.



un segundo co-fundamento: el argumento de autoridad.

El argumento de autoridad, de acuerdo con Perelman, justifica el uso de los precedentes en la argumentación jurídica por el simple hecho de su fuente material: el juez (o el tribunal). Las decisiones judiciales quedan impregnadas de la autoridad de su fuente material, de manera que una decisión precedente influye más o menos en la argumentación dependiendo del prestigio del juez o tribunal que la emitió. Muy valioso para mi investigación es el hecho de que este argumento de autoridad permite reconocer el aspecto autoritativo de los precedentes a la vez que prescinde de cualquier referencia a la fuerza vinculante de éstos. Ello lo explica el contenido deliberativo de la argumentación jurídica: la relevancia de una decisión anterior, es decir, su autoridad debe ser objeto de evaluación y valoración. No se atribuye, por lo tanto, un valor vinculante *a priori* a las decisiones judiciales. La justa medida de su autoridad, y también de su fuerza argumentativa, dependerá del resultado que arroje el balance con otras razones.

Creo que este co-fundamento de los precedentes, el argumento de autoridad, aporta dos elementos valiosos para una teoría de los precedentes. En primer lugar, reconoce el aspecto autoritativo de las decisiones judiciales y sitúa a éste en el ámbito del razonamiento jurídico. En este sentido, el argumento de autoridad sirve para justificar a qué decisiones hay que hacer referencia: la de los órganos de casación por ser éstos los órganos judiciales supremos, y los que gozan de mayor prestigio en los sistemas jurídicos continentales y por lo tanto de mayor autoridad. En segundo lugar, el aspecto argumentativo-autoritativo de los precedentes sugiere que no es racional un modelo de vinculación absoluta de los precedentes. La deliberación a propósito de la aceptación de su autoridad indica que es posible el abandono de precedentes erróneos, incorrectos o inaceptables.

El tercer pilar de la fundamentación de los precedentes es el principio de justicia formal. Según ésta, casos análogos deben recibir un tratamiento similar. Para que sea racional, el principio de justicia formal debe completarse con el principio de inercia, según el cual hay que justificar el diferente tratamiento de casos similares. El principio de justicia formal y el principio de inercia son el anverso y el reverso de la misma moneda: la regla de justicia. Ésta será el fundamento de un modelo de vinculación relativa de los precedentes que combina tanto su “seguimiento” racional cuanto su “no seguimiento” justificado<sup>31</sup>.

Para ello se debe colocar los precedentes en el núcleo de la justificación jurídica. En concreto, sostendré que deben considerarse como técnicas argumentativas cuyo ámbito es la justificación interna y la justificación externa de las decisiones. Así, en la justificación

---

<sup>31</sup>Entiendo que “tener en cuenta el precedente” significa *seguir* y *no seguir* justificadamente las decisiones anteriores.

lógico-deductiva de las decisiones judiciales (el núcleo de la justificación interna) los precedentes judiciales coadyuvan a la consistencia lógica de la cadena argumentativa. “Seguir” el precedente significa, por lo tanto, utilizar una técnica argumentativa que controla la corrección formal del razonamiento jurídico, es decir, la *consistencia* de la argumentación.

En la justificación externa (centrada en la validez de las premisas utilizadas en la argumentación), los precedentes coadyuvan a la *coherencia* de la decisión. Para entender esta cualidad hay que pensar en aquellas situaciones en las que el juez decide dar un tratamiento distinto a situaciones similares. Tener en cuenta el precedente consiste, entonces, en argumentar el cambio, en traer a la justificación razones tanto jurídicas como morales. Esta demanda de razones revierte en la coherencia de la decisión, es decir, en el compromiso entre la predictibilidad de las decisiones —la vinculación al tenor literal del derecho— y la justicia —la vinculación a consideraciones morales. Por eso, “no seguir” el precedente (tenerlo en cuenta para modificarlo o abandonarlo) significa utilizar una técnica argumentativa que, en primer lugar, exige un extra en la demanda de razones que justifican una decisión; y en segundo lugar, controla la racionalidad de la argumentación jurídica.

Los tres argumentos utilizados en la fundamentación de los precedentes ofrecen una respuesta a qué, por qué y cómo utilizar los precedentes en la argumentación jurídica. Se racionaliza así el papel de los precedentes en la solución de casos futuros, convirtiendo las decisiones anteriores en un instrumento que ayuda en la consistencia y coherencia de la interpretación y argumentación jurídica.

Es éste, además, un modelo que sirve para explicar tanto el uso de los precedentes en los sistemas de derecho común, como de derecho civil. Si me centro en éstos últimos será porque en ellos “tener en cuenta” las decisiones anteriores es una técnica de control de la racionalidad de la argumentación, que debe convivir con la *jurisprudencia* como técnica de control de la uniformidad del derecho judicial.

## **Estudio empírico del fundamento y uso de los precedentes**

Los anteriores estudios crítico y analítico-normativo se completarán con otro empírico desarrollado en la segunda parte de la tesis. Su objeto es el análisis del razonamiento jurídico, y de la fundamentación y uso de los precedentes elaborado por los tribunales de casación español (Cap. 7), alemán (Cap. 8) y holandés (Cap. 9). La idea que inspira este estudio es que el razonamiento jurídico desarrollado por el TS, el BGH y el HR determinará el contenido de su función de casación; la concepción de la casación determinará, además,

el modelo de fundamentación y uso de los precedentes. Se debe entender, por lo tanto, que razonamiento jurídico, casación y precedentes son ideas interrelacionadas.

La elección de sistemas de derecho civil está justificada en el uso múltiple del que son objeto los precedentes. Efectivamente, en los sistemas jurídicos continentales, junto al uso de los precedentes en el control de la uniformidad en la aplicación del derecho (es decir, en la casación), habrá que tener en cuenta su uso argumentativo que, de acuerdo con el modelo antes trazado, incide en el control de la racionalidad de la argumentación jurídica. Control de la uniformidad y control de la racionalidad, o si se quiere, jurisprudencia y precedentes son dos instrumentalizaciones de un mismo material: las decisiones judiciales anteriores.

La adopción del modelo de fundamentación y uso de los precedentes que propongo permitirá, en este sentido, mejorar y ampliar la casación: mejorar su función en el control de la unidad del derecho interpretado, y ampliar su competencia al control de la racionalidad de la argumentación jurídica. En relación a los precedentes, mi aportación consistirá en ofrecer un modelo teórico que, desde el razonamiento jurídico, explique y fundamente el uso interpretativo y argumentativo de los precedentes.

La elección de los órganos de casación español, alemán y holandés está justificada en el deseo de mostrar cómo dentro de la gran categoría de los sistemas jurídicos continentales, existen formas diversas de entender la actividad judicial, la función de la casación y el papel de los precedentes en la argumentación jurídica. En este sentido reconstruiré el modelo de casación y de utilización de los precedentes desde el punto de vista de su valoración doctrinal y jurisprudencial en cada sistema jurídico, utilizando para ello las decisiones del TS, BGH y HR en las que establecen cómo se debe razonar y cómo se deben valorar las decisiones precedentes. Esta reconstrucción servirá para presentar tres casaciones que ofrecen tres formas distintas de entender la relevancia de las decisiones precedentes en el razonamiento jurídico: una de *interpretativa* (la española), otra *argumentativa* (la alemana) y otra *creativa* (la holandesa).

Finalmente, analizaré estos tres modelos de casación y de uso de los precedentes desde el punto de vista de la teoría del precedente propuesto. Con ello quiero determinar la relevancia que esta teoría tiene en el razonamiento jurídico de jueces y tribunales (inferiores o de casación), y en la práctica de la casación.



## Parte I

Estudio crítico del razonamiento  
jurídico y estudio  
analítico–normativo del fundamento  
y uso de los precedentes

1



# Capítulo 1

## El concepto de autoridad en el razonamiento práctico de J. Raz

### Introducción

Las siguientes páginas están dedicadas al estudio de la *función de la autoridad en el razonamiento jurídico* y al *aspecto autoritativo de los precedentes judiciales*. Abordo la cuestión de la autoridad en el razonamiento práctico por dos razones: en primer lugar, porque la autoridad se ha venido considerando el fundamento de los precedentes, es decir, la razón por la que las decisiones de órganos judiciales son utilizadas por otros órganos en la solución de conflictos jurídicos; en segundo lugar, porque un análisis de la función de la autoridad en el razonamiento práctico, y en particular en el razonamiento jurídico, permitirá comprender su contenido, y con él, el concreto fundamento y uso de los precedentes.

La posición que adopto no será la de rechazo de la autoridad, sino más bien la de su aceptación condicional. En concreto, creo que los precedentes judiciales poseen un aspecto autoritativo relevante a la hora de decidir pero insuficiente a la hora de justificar el seguimiento de los precedentes. La concreta relevancia atribuida a este aspecto autoritativo, y con él a los precedentes, se determina mediante el concreto modelo de razonamiento práctico jurídico. De ahí la importancia de estudiar distintas propuestas teóricas acerca del contenido del razonamiento y del papel atribuido a la autoridad.

**Razonamiento práctico, razonamiento jurídico, autoridad y precedentes** Tomar una decisión jurídica (legislativa o judicial) como la de condenar a  $n$  años de cárcel

a un ladrón, no es una actividad racional muy distinta a la de tomar una decisión más cotidiana como la de elegir entre un helado de avellanas o de yogurt, o sencillamente no tomar ninguno. Todos son ejemplos de razón práctica o de razonamiento práctico de lo que debe ser o lo que se debe hacer.

Entiendo que el núcleo del razonamiento práctico sea decidir no arbitrariamente sino apoyando, fundamentando la decisión en razones. Decidir, razonar prácticamente es, toscamente, dar una razón o razones que justifiquen la acción. El razonamiento práctico consiste por lo tanto en decidir acerca de qué razón justifica la acción o qué razones son las correctas para actuar (o no actuar).

Creo que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico. Tomar una decisión jurídica consiste en justificar la elección de una razón frente a otra como fundamento de la decisión. La elección de la razón que justifica la decisión puede responder a criterios evaluativos (la bondad de las razones) o a criterios ejecutivos (la exclusión de algunas razones). Pero se use un criterio u otro, el hecho es que la actividad del juez no se entiende como una actividad cognoscitiva sino de decisión.

Sólo cuando se entienda el carácter práctico del razonamiento en general y el jurídico en particular se podrá hablar de la *autoridad* sin menospreciar su aspecto racional, es decir, se puede hablar de un uso o función racional de la autoridad en el razonamiento práctico y también en el jurídico.

En qué consiste exactamente esta función racional de la autoridad, es un interrogante que no recibe una respuesta unívoca. Por eso, propongo el análisis de dos modelos de razonamiento práctico distintos. Uno se mantiene en la línea de la filosofía iuspositivista: el razonamiento práctico de Raz elaborado principalmente en sus obras *Practical Reason and Norms* y en el *Postscriptum* a la segunda edición del anterior libro<sup>1</sup>. Otro modelo está más cerca del razonamiento práctico evaluativo o argumentativo, me refiero a la nueva retórica de Perelman y su imprescindible trabajo *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* escrito en colaboración con la autora L. Olbrechts-Tyteca<sup>2</sup>.

El modelo de razonamiento práctico propuesto por J. Raz está fundado en la *función normativa* o excluyente de la autoridad. La autoridad, justificada sobre meta-razones, tiene la función de excluir la consideración de otro tipo de razones no autoritativas, así como los juicios de carácter deliberativo o evaluativo. Precisamente la idea de *función normativa* de la autoridad<sup>3</sup> sirve para articular la distinción formal de Raz entre razones

<sup>1</sup>Cfr. J. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado.

<sup>2</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado.

<sup>3</sup>Cfr. N. MACCORMICK, "Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning",



de primer orden y razones de segundo orden y entre dos niveles del razonamiento: uno deliberativo y otro ejecutivo. A éste último pertenece la autoridad. Raz considera que la autoridad es una razón de segundo orden que tiene la cualidad de hacer discurrir el razonamiento práctico por niveles ejecutivos y no deliberativos.

El modelo de Perelman, la nueva retórica, inicia un proceso de rehabilitación del razonamiento práctico que tiene como principal fuente la retórica aristotélica. Éste es un razonamiento netamente deliberativo y argumentativo, fundamentado en la idea de *lo razonable*.

Al comparar dos modelos de razonamiento tan distintos en su fundamento y en la función que atribuyen a la autoridad, quiero defender la tesis según la cual el razonamiento judicial se encuentra más cercano al modelo evaluativo o deliberativo, el propuesto por Perelman, que al modelo normativo propuesto por Raz. La autoridad tiene un carácter argumentativo en el razonamiento jurídico y como argumento está sometido, al igual que otros argumentos, a un proceso de evaluación y deliberación sobre su corrección. Este uso argumentativo de la autoridad será el punto de partida para abordar la cuestión relativa al aspecto autoritativo de los precedentes.

Determinar la importancia de la autoridad en el razonamiento jurídico, y del aspecto autoritativo de los precedentes creo que son cuestiones previas a la elaboración de un modelo analítico-normativo sobre el fundamento y uso de los precedentes.

## 1.1 Razonamiento práctico de Raz

De las distintas ramas de la filosofía práctica, la obra de Raz, como él mismo señala, gira en torno a la teoría normativa<sup>4</sup>, cuyos conceptos más relevantes son los de razones de primer y segundo orden, razón excluyente y razón para la acción. No pretendo reproducir aquí la complejidad de la construcción teórica de Raz, por lo que me ceñiré a desarrollar aquellos puntos que considero imprescindibles para explicar, primero, la función de la autoridad en el razonamiento práctico y luego pasar a analizar el posible aspecto autoritativo de los precedentes en los sistemas de derecho civil, así como su función dentro del razonamiento jurídico.

---

en *Journal of Law and Society*, 1983, p. 5.

<sup>4</sup>Véase J. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado, p. 14. Raz distingue tres ramas de la filosofía práctica: la teoría del valor, la teoría normativa y la teoría imputativa. La teoría del valor se ocupa de la bondad de las situaciones (reales o posibles); la teoría normativa se ocupa de aquello que "debe ser" y de aquello que "se debe hacer"; la teoría de la imputación, finalmente, se ocupa de las condiciones bajo las cuales se puede atribuir a alguien culpa o culpabilidad (*ibidem*).

### 1.1.1 Razón para la acción

Cuando alguien toma una decisión, como la de viajar a Florencia o como la de condenar a  $n$  años de prisión a un ladrón, debe tener una razón para actuar. En el razonamiento práctico (en eso consiste decidir) concurren diversas razones que pueden estar en conflicto<sup>5</sup>. De todas éstas, sin embargo, una (o más) será la razón que explique o justifique el comportamiento: la razón para la acción<sup>6</sup>.

Para ilustrar el modelo de razonamiento práctico propuesto por Raz, acudiré al matrimonio Bastidas que tiene que decidir si celebrarán sus bodas de plata viajando a Florencia. Tanto razones a favor (el deseo de conmemorar 25 años de convivencia), cuanto razones en contra (ahorrar para un plan de pensiones) acuden al razonamiento práctico de los señores Bastidas. Actuar según qué razón, o bien determinar qué razón para la acción, es el contenido del razonamiento práctico.

### 1.1.2 Razones de primer orden y razones de segundo orden. Conflictos de razones

La clave en el modelo de razonamiento práctico ofrecido por Raz es la distinción entre dos tipos de razones: de primer orden y de segundo orden. La concurrencia de ambas en el razonamiento práctico puede plantear tres tipos de conflictos cuya solución aporta la razón para la acción, que según Raz es aquella razón (de primer o de segundo orden) que no ha sido derrotada por otras. Creo que la mejor forma de explicar el significado de razones de primer orden, razones de segundo orden y razones para la acción sea describiendo cada uno de esos conflictos y la forma en que el agente racional debe actuar para su solucionarlos<sup>7</sup>.

- Conflictos de primer orden o conflictos exclusivamente entre razones de primer orden. Son conflictos que se resuelven evaluando el peso de todas las razones que concurren para tomar la decisión (*balance of reasons*) y decidiendo según aquella razón que tenga mayor peso entre todas las demás. El razonamiento práctico, la solución del conflicto, se mantiene a un nivel deliberativo de valoración de la fuerza de las

---

<sup>5</sup>Habría que concluir que hay razones de segundo orden cuya función en el razonamiento jurídico no es la de excluir razones de primer orden, sino determinar el valor o peso de otras razones de segundo orden en conflicto.

<sup>6</sup>La mejor comprensión del concepto de razón para la acción depende de otros dos conceptos: el de razón no derrotada (o no excluida en el conflicto de razones) y el de razón excluyente (del balance de razones). A ambos volveré más adelante.

<sup>7</sup>Cfr. J. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado, pp. 51 y ss.

razones.

- Conflictos entre razones de primer orden y razones de segundo orden excluyentes. Este tipo de razones se resuelve a favor de la razón excluyente, no porque su peso o fuerza sea mayor sino porque su función en el razonamiento práctico es la de apartar el balance de razones. El alcance de las normas de segundo orden excluyentes es la clase de razones que excluye: las razones de primer orden.
- Conflictos entre razones de segundo orden. Este tipo de conflictos se soluciona según la fuerza de las razones en conflicto implicadas, es decir, se resuelve de la misma manera que los conflictos entre las razones de primer orden.

El conflicto de razones de los señores Bastidas (deseo de conmemorar la luna de plata, y el deseo de gozar de cierta estabilidad económica en el futuro) sería, en opinión de Raz, un típico *conflicto de razones de primer orden*. Para resolverlo, el agente racional, el matrimonio Bastidas, *evaluará la fuerza de los argumentos o razones en conflicto*. Esta evaluación del peso o de la fuerza de los argumentos se denomina balance de razones o juicios *all things considered*. Supongamos que los señores Bastidas son increíblemente románticos y que por ello consideran que tiene más fuerza la razón de primer orden según la cual desean conmemorar sus bodas de plata. ¡Buen viaje! entonces.

Junto a las anteriores razones que entran en conflicto para decidir qué hacer pueden concurrir otras que Raz denomina de segundo orden y que se caracterizan por su función normativa excluyente en el razonamiento práctico. El *conflicto entre razones de primer orden y de segundo orden* se resuelve siempre, según Raz, a favor de las últimas.

El criterio que permite distinguir entre razones de primer orden y de segundo orden y el criterio que determina la solución del conflicto entre ellas es *el mismo*: la función normativa excluyente de las razones de segundo orden. Las razones de primer orden son razones con un mayor o menor peso o fuerza en el conflicto. Será, precisamente, la evaluación de su fuerza lo que resuelva el conflicto y determine la razón para la acción. Las razones de segundo orden, por otro lado, se caracterizan por su función normativa en el razonamiento jurídico. En otras palabras, para Raz estas razones tienen la cualidad de excluir la consideración de otras razones y por lo tanto la evaluación de su fuerza en el razonamiento. Resolver un conflicto entre las dos categorías de razones mencionadas, concluye Raz, mediante el balance o la evaluación de su peso o fuerza sería cometer un error en el razonamiento. El error lo provoca la confusión de ambos tipos de razones y de

su distinta función en el razonamiento<sup>8</sup>.

Para ejemplificar lo anterior supongamos que los señores Bastidas tienen una hija que dará a luz el primero de los nietos justo en el período en que tienen proyectado hacer el viaje. Más aún, supongamos que la señora Bastidas ha hecho la promesa a su hija de estar en el momento del parto y ayudarla durante su convalecencia. En esta situación, y siguiendo el modelo de razonamiento práctico de Raz, los señores Bastidas no irían de viaje por la razón de que prometieron ayudar a su hija. La razón para actuar no es la razón más fuerte en relación con las razones de primer orden anteriores (el deseo de conmemorar el aniversario de bodas o la voluntad de tener un plan de pensiones, o incluso el deseo de estar presentes en el momento del alumbramiento). La fuerza de las razones no determina la solución del conflicto porque las razones de primer orden ni siquiera son consideradas<sup>9</sup>. Éstas han sido inmediatamente excluidas, o derrotadas, con lo que no se habrá producido un balance de razones y se ha decidido según la razón de segundo orden excluyente. La promesa realizada es una razón para actuar, en nuestro ejemplo para no viajar a Florencia. De todos modos, ¡enhorabuena señores Bastidas por su primer nieto!

El tercer tipo de conflicto de razones es el menos elaborado por Raz. Se trata de un *conflicto de razones de segundo grado*. Para ejemplificarlo, supondré que para decidir si viajar o no a la ciudad de los Medici, los señores Bastidas se encuentran con una razón excluyente más, por ejemplo que el señor Bastidas hubiera hecho la firme promesa a su mujer de realizar un viaje. La promesa de la señora Bastidas de ayudar a su hija y la del señor Bastidas, son razones de segundo orden que están en conflicto. Éste se resuelve por la fuerza (*strenth*) de cada una de ellas. El balance de razones entre razones de segundo orden determinan la razón para actuar. Es ésta una contradicción de la obra de Raz, que primero no acepta que la fuerza de las razones de segundo grado pueda ser evaluada —en el caso de conflicto con razones de primer orden—, mientras que ahora es precisamente la fuerza de las razones de segundo orden la que solucionará el conflicto. En este momento me compadezco de los señores Bastidas que no imaginaron que fuera tan complicado decidir si viajar o no a Florencia.

---

<sup>8</sup>Raz indica que la fuerza de las razones (*strenth*) sólo es relevante en el caso de razones de primer orden y conflictos entre razones de primer orden, mientras que el carácter excluyente (*override*) es relevante sólo en el caso de razones de segundo orden y de conflictos entre estas y las de primer orden.

<sup>9</sup>En el *Postscriptum* Raz matiza la idea de no considerar las razones de primer orden o razones excluidas. Que las razones de primer orden, siempre que estén en conflicto con una razón de segundo orden excluyente, no sean consideradas no significa que ni siquiera el agente piense en ellas. Obviamente nada impide que se piensen o incluso se lleguen a evaluar aquellas razones que forman parte del balance de razones. Pero éstas *no serán consideradas* en el sentido de que no serán tomadas en cuenta como razones para actuar, quedando fuera del razonamiento práctico.

En los tres conflictos de razones que he indicado, el resultado es siempre el mismo: *la razón para actuar debe ser una razón no derrotada en el conflicto*. Éste es el concepto de razón para la acción que ya he adelantado anteriormente. En el caso de un conflicto entre razones de primer orden, la razón no derrotada es aquella con más fuerza o peso en el conflicto. Lo mismo ocurre en el caso de que el conflicto sea entre razones de segundo orden. El caso más interesante para Raz es el conflicto entre razones de primer orden y de segundo orden. Sólo las últimas serán las razones para la acción porque tienen una función normativa, es decir, ejecutiva o excluyente, en el razonamiento práctico: la de excluir la consideración de todas las demás.

### 1.1.3 Los dos niveles del razonamiento práctico

La distinción funcional entre razones de primer orden y razones de segundo orden sugiere que, en ocasiones, el razonamiento práctico discurre en un *nivel deliberativo* y otras en un *nivel ejecutivo*. En un nivel deliberativo la razón para actuar es aquella razón de primer orden (para el caso de conflicto de razones de primer orden) o aquella razón de segundo orden (para el caso de conflicto entre dos o más razones de segundo grado) no derrotada, es decir, con mayor peso entre todas las razones de la misma naturaleza que hayan concurrido al balance de razones. En un nivel ejecutivo del razonamiento, una segunda categoría de razones para actuar excluye cualquier tipo de deliberación acerca de la fuerza o peso de las razones concurrentes. El alcance de las razones de segundo orden excluyentes, en lugar de su peso, obliga a considerarlas como razones para la acción.

## 1.2 El razonamiento jurídico

En el apartado anterior he subrayado el alcance de las razones excluyentes en el razonamiento práctico y he ejemplificado su función utilizando las promesas. Pero el ámbito de las razones de segundo orden no se limita sólo a éstas. Las reglas son también razones excluyentes protegidas, es decir son razones para actuar por una razón y para no actuar por una razón. Un tipo de reglas son las reglas de mandato y un subtipo de estas reglas de mandato son las directivas dictadas por una autoridad (las directivas autoritativas). Las normas y, por lo tanto, las normas jurídicas, tienen la misma función que las promesas en el razonamiento práctico: la de excluir el balance de razones o juicios *all things considered* y la de ser una razón para la acción.

El razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico cuyo objeto son las

normas jurídicas o directivas autoritativas. Al ser un tipo de razonamiento práctico comparte con éste, de un lado, la división funcional entre razones de primer orden y razones de segundo orden y, de otro lado, la función normativa de las razones de segundo orden como razones excluyentes<sup>10</sup>.

El razonamiento jurídico por excelencia es el contenido en el proceso legislativo (*law-making process*) y en el proceso judicial<sup>11</sup> (*law-applying process*). Ambos se identifican plenamente con el contenido del razonamiento práctico: una norma jurídica excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar.

Evidentemente, decir que las razones de segundo orden excluyen la consideración de otras porque tienen una función normativa en el razonamiento práctico es dejar planteada una ulterior cuestión: la fundamentación de esta función normativa o excluyente. Ésta será la pretensión de la doctrina de la autoridad legítima de Raz.

### 1.3 La tesis de las fuentes

En el ámbito del razonamiento jurídico, las normas jurídicas son razones de segundo orden excluyentes que tienen la función de apartar la evaluación de otro tipo de razones (las de primer orden) entre ellas la moral. Los dos pilares teóricos sobre los que Raz desarrolla su razonamiento práctico, y que permiten la anterior aproximación al razonamiento jurídico, son la *tesis de las fuentes* y la *tesis de la autoridad legítima*. Ambas, lejos de tener formulaciones separadas o autónomas, se complementan entre sí, hasta el punto de aportar un único concepto de derecho y ayudar a entender mejor el razonamiento jurídico, al menos en opinión de Raz.

La presentación y estudio de ambas tesis no queda fuera del ámbito de este capítulo. Más aún, argumentaré que la tesis de las fuentes explica la separación entre derecho y moral<sup>12</sup>, mientras que la tesis de la autoridad legítima explica la función excluyente de las normas en el razonamiento jurídico.

---

<sup>10</sup>La idea de "función normativa" ha sido propuesta por N. MacCormick en "Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning", citado, p. 5. Por función normativa de las razones de segundo orden se refiere a la función excluyente en el razonamiento jurídico.

<sup>11</sup>A pesar de que Raz identifica los procesos legislativo y judicial como modelos de razonamiento jurídico, con su teoría del razonamiento práctico no pretende realizar una teoría de la legislación ni tampoco una teoría de la aplicación del derecho si por ella debe entenderse cómo los jueces deberían resolver los casos.

<sup>12</sup>Separación o, como veremos, la relativa conexión entre derecho y moral.

La tesis de las fuentes adoptada por Raz (y que nada tiene que ver con su aspecto doctrinal sino con el aspecto teórico) es una "tesis social fuerte"<sup>13</sup>. Ésta dice que "una disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales"<sup>14</sup>. Las fuentes de las reglas jurídicas son exclusivamente hechos, *facts*, gracias a los cuales estas reglas son válidas y su contenido reconocido.

La tesis de la fuentes no sólo identifica qué es derecho sino que también determina cuál es su función en el razonamiento práctico. El derecho (que pretende autoridad legítima) guía el comportamiento en un sentido excluyente para asegurar la coordinación de la acción. O en palabras (traducidas) del propio Raz "el derecho es un patrón público por medio del cual se puede medir el propio comportamiento como, también, el comportamiento de los demás"<sup>15</sup>.

Dos consecuencias de la tesis de las fuentes son absolutamente importantes en lo referente al razonamiento jurídico:

- que la tesis de las fuentes contiene (si bien de manera implícita) una fórmula de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral;
- que la tesis de las fuentes necesita la tesis de la autoridad legítima para explicar la función excluyente de las normas jurídicas.

### 1.3.1 La tesis de la separación entre el derecho y la moral

La inmediata consecuencia de la obra de Raz en el ámbito de la filosofía del derecho fue el impulso a la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. Como comenta MacCormick,

si este argumento tiene o no suficiente fuerza para sostener la tesis positivista tradicional de la independencia conceptual entre el derecho y la moral, [lo cierto es que] es incuestionablemente la mejor defensa ofrecida a favor de esa tesis hasta ahora<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup>Véase J. RAZ, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción española de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, p. 67.

<sup>14</sup>*Ibidem*.

<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 71.

<sup>16</sup>N. MACCORMICK, "Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reason", citado, p. 5.

**La tesis fuerte** En su versión fuerte, la tesis de la separación derecho y moral significa que toda decisión jurídica, a fin de ser (jurídicamente) correcta, debe omitir cualquier consideración sobre la moral. Esta afirmación es del todo consistente con otra de las tesis de Raz; en concreto aquella según la cual existe una *diferencia funcional* entre las razones de primer orden y las razones de segundo orden.

Raz atribuye a las normas jurídicas una función adecuada a su carácter de razones de segundo orden. Se trata de una función excluyente que consiste en apartar del razonamiento jurídico las razones de primer orden<sup>17</sup>. Por eso la razón que guíe el comportamiento no será el resultado de un balance de razones (o de juicios evaluativos), sino la misma norma jurídica que consigue (esa es su función) apartar otras razones —las de primer orden.

Esta versión fuerte de la tesis de la separación es defendida por Raz en el libro *Razón práctica y normas*. Sin embargo, posteriormente advertirá del peligro de sostener una posición fuerte en la separación entre derecho y moral: la irracionalidad del razonamiento jurídico<sup>18</sup>. Por eso modifica su posición inicial hasta lograr una fórmula más refinada: la tesis de la *relativa conexión entre el derecho y la moral*<sup>19</sup>.

**La tesis de la relativa conexión entre el derecho y la moral** Para defender esta versión débil de la conexión entre derecho y moral, Raz sostiene primero la autonomía del razonamiento jurídico y proclama, después, su conexión relativa con la moral.

El razonamiento jurídico, sostiene Raz, es una forma de razonamiento normativo que concierne a las normas jurídicas como razones para actuar. Ahora bien, ¿significa eso que cualquier otro elemento distinto a las normas jurídicas debe omitirse del razonamiento jurídico? O en otras palabras ¿cómo deben decidir los jueces? Para quienes sostienen que el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral, la anterior es una pregunta también moral que se resuelve con la inclusión de las denominadas razones de primer orden. Para quienes sostiene que el razonamiento jurídico es ajeno a la moral (el Raz de *Razón práctica y normas*) sólo las normas jurídicas guían el comportamiento de los jueces.

---

<sup>17</sup>La moral se considera una razón de primer orden, al menos por lo que se refiere a su fuerza y carácter excluyente: carece de este carácter excluyente. En el caso de que entre en colisión con otra razón de primer orden tal conflicto se resuelve mediante su balance y evaluación. En el caso de que colisione con una razón de segundo orden, será ésta la razón que justifique la acción, mientras que la moral no será considerada a efectos prácticos.

<sup>18</sup>Cfr. J. RAZ, "On the Autonomy of legal Reasoning", en *Ratio Juris*, 1993, p. 5.

<sup>19</sup>Obras como el *Postscriptum* al libro *Razón práctica y normas*, el libro *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, y artículos publicados más adelante como "On the Autonomy of Legal Reasoning" son el resultado de la evolución teórica de Raz en este sentido.



Raz considera que, a fin de defender la autonomía del razonamiento jurídico, la pregunta *¿cómo deben decidir los jueces?* es demasiado simple. Por eso propone una fórmula compleja que logre distinguir el aspecto moral del jurídico. *“¿Cómo deben los jueces decidir consideradas todas la cosas (all things considered)?”* sí es, en opinión de Raz, un interrogante moral; pero de éste no se sigue que la pregunta *“¿cómo deben decidir los jueces según el derecho (according to the law)?”* sea también una pregunta moral<sup>20</sup>. El razonamiento jurídico, añade Raz, es, precisamente, un razonamiento *según el derecho*, lo que significa que el operador jurídico (el juez o el legislador) tiene que obedecer las reglas jurídicas y excluir otros elementos ajenos en su razonamiento. En otras palabras, el razonamiento jurídico debe ser *autónomo* en relación al razonamiento moral.

Ahora bien, también existe, dice Raz, un razonamiento *sobre el derecho* que sí es un razonamiento moral y cuyo contenido consiste en determinar si el derecho en general, o una ley en particular, es moralmente vinculante y si necesita o no una reforma para adaptarla a cómo debería ser moralmente<sup>21</sup>. Existe, por lo tanto, una conexión relativa entre el razonamiento jurídico y el moral, porque una decisión jurídica no sólo será el resultado de un correcto razonamiento jurídico (es decir, de un razonamiento que excluye razones de primer orden como la moral) sino también un resultado aceptable por sus destinatarios en base a valoraciones morales.

De esta forma Raz quiere complementar dos cualidades del razonamiento jurídico que son, en principio, mutuamente excluyentes: (i) el que un cuerpo de proposiciones se pueda aplicar sin acudir a consideraciones morales; y (ii) el que la aplicación sea moralmente aceptable porque el cuerpo de proposiciones aplicadas lo era<sup>22</sup>.

Personalmente encuentro que más que aclarar la sempiterna cuestión sobre la relación (o no) entre razonamiento jurídico y moral, Raz sólo consigue rizar el rizo con su distinción entre razonamiento sobre el derecho y según el derecho, por no hablar del razonamiento que es autónomo (por definición) pero que también está conectado (si bien relativamente) a la moral. El alcance de la tesis de Raz ha sido planteada con infinita mayor claridad y sencillez, y sin lugar a dudas con mayor efectividad, por Carlos Nino<sup>23</sup> entre otros.

Raz acierta al desglosar la pregunta *“¿cómo deben decidir los jueces?”* en otras dos. Éstas podrían ser *“¿se debe decidir según el derecho?”* y *“¿cómo se debe decidir según el derecho?”*. Dejando por el momento al margen si la última es una cuestión moral o menos,

<sup>20</sup>Cfr. J. RAZ, “The Autonomy of Legal Reasoning”, citado, p. 3.

<sup>21</sup>*Ibidem*, p. 5.

<sup>22</sup>*Ibidem*, p. 9.

<sup>23</sup>Véase C. S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

lo cierto es que la primera sí lo es. Concretamente la pregunta "¿se debe decidir según el derecho?" se refiere a la relación entre derecho y moral, aquella que Raz denomina *conexión relativa* y que yo me inclino, siguiendo a Nino, por denominar *conexión justificatoria*<sup>24</sup>. Las normas jurídicas, dice Nino,

no son meras definiciones ni exclusivamente descripciones de hecho, sino que incluyen juicios normativos que legitiman a determinada autoridad y descripciones de prescripciones de dicha autoridad. En otras palabras, las razones inherentes al razonamiento jurídico que aluden al hecho de que ciertas normas son parte de un sistema jurídico, no son, ellas mismas, razones jurídicas, sino que pertenecen a un sistema justificador más amplio<sup>25</sup>.

Si al nivel de la justificación de las normas se debe concluir con la conexión entre el razonamiento jurídico y el moral, no parece que se deba llegar a la misma respuesta al nivel de la justificación de las decisiones. Al menos esta sería la opinión de Raz, para quien el interrogante "¿cómo deben decidir los jueces según el derecho?" se debe responder con la tesis de las fuentes y con la tesis de la autonomía del razonamiento jurídico: sólo las normas jurídicas podrán ser consideradas, debido a la función ejecutiva que se les atribuye. Si bien parte de mi investigación está destinada precisamente a refutar esta tesis de la autonomía y de la insularidad del razonamiento jurídico<sup>26</sup>, ahora me limitaré a indicar dos objeciones a la propuesta de Raz.

La primera se refiere al carácter excluyente de las razones de segundo orden (de las normas jurídicas) y en concreto a su *imperiosa fuerza excluyente*. Como indica Schauer<sup>27</sup>, la forma en que las razones de segundo orden pueden apartar otras razones en conflicto pone de manifiesto un error en el razonamiento raziano: Raz no reconoce una distinción lógica entre la exclusión y la fuerza de exclusión. Esta distinción debe ser verdadera puesto que de lo contrario sería imposible superar el límite de velocidad permitido en casos de urgencia (llevar a la hija de la señora Bastidas al hospital porque han comenzado las contracciones). En no pocas situaciones la norma jurídica será apartada en favor de una razón de primer orden en conflicto. Se dice entonces que la fuerza excluyente de la norma jurídica es menor y, correlativamente, la de la razón de primer orden es mayor. Creo que aceptar que la fuerza excluyente de las razones es una cuestión de grados (no

<sup>24</sup>*Ibidem*, pp. 43 y ss. En esto me parece que incluso Raz estaría de acuerdo.

<sup>25</sup>*Ibidem*, pp. 82-83.

<sup>26</sup>Creo que el contenido del razonamiento jurídico esconde una conexión moral. A ésta Nino la denomina la conexión interpretativa (*ibidem*, pp. 85 y ss.).

<sup>27</sup>Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 88 y ss.

de absolutos como sostiene Raz) sea la manera de aproximarse con mayor fidelidad a la complejidad del razonamiento práctico. Concluir, como hace Raz, que el razonamiento jurídico es un razonamiento ejecutivo y no evaluativo, y que, como tal, se caracteriza por la ausencia de conflictos entre normas jurídicas y razones de primer orden, me parece extremadamente simplista además de poco fiel a la realidad.

La segunda objeción se refiere a la autonomía del razonamiento jurídico. Contrariamente a lo que sostiene Raz, creo que existe una conexión entre el razonamiento jurídico y el moral. Ésta es evidente en los denominados casos difíciles que se caracterizan no tanto por la inexistencia de una norma aplicable a un caso, cuanto por lo inaceptable ya sea de la norma que resulta aplicable<sup>28</sup>, ya sea del resultado de la aplicación. El primer caso, cuando lo inadmisibles es la norma jurídica que debería aplicarse, remite a la conexión justificatoria entre derecho y moral; el segundo caso, cuando lo inaceptable es el resultado de la aplicación de la norma (la decisión jurídica), remite a la denominada *conexión interpretativa*. Según ésta, el contenido del razonamiento jurídico es evaluativo, sometido a consideraciones de índole moral. No tener en cuenta esta dimensión, u ocultarla bajo la *discreción* no ayuda a conocer el razonamiento práctico jurídico.

## 1.4 La tesis de la autoridad legítima

Si la tesis de las fuentes propone una distinción funcional entre razones de primer orden y de segundo orden, y la distinción de dos niveles de razonamiento práctico uno deliberativo y otro ejecutivo, la *tesis de la autoridad legítima* quiere justificar la función excluyente reservada a las razones de segundo orden<sup>29</sup>.

Para Raz, son dos las razones que legitiman la *introducción* de la autoridad en el razonamiento práctico y, por lo tanto, de las directivas autoritativas. La primera hace referencia a la mejor competencia técnica del experto, de alguien con autoridad que puede afrontar mejor la situación que se intenta resolver. Éste es el denominado *argumento pericial*. La segunda razón se refiere a la *coordinación de las actuaciones* de los sujetos

---

<sup>28</sup>Cfr. p. 93.

<sup>29</sup>En lo que se refiere a la doctrina de la autoridad legítima, es posible apreciar una evolución en la obra de Raz. En la primera edición de *Razón práctica y normas* Raz hace referencia a una autoridad justificada, en tanto que está basada en el conocimiento y la experiencia, así como en las exigencias de cooperación social (véase J. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado, pp. 67 y ss. y 71 y ss.). Más adelante, en su *Postscriptum* y en el libro *The Morality of Freedom*, la atención gira en torno a la justificación de la *función normativa* o excluyente de la autoridad en el razonamiento práctico.

a quienes van destinadas las directivas autoritativas<sup>30</sup>. Ambos argumentos reflejan la situación real en la que tiene lugar el razonamiento práctico. Son estos argumentos, además, los que legitiman la autoridad en el sentido de que es racional su consideración en el razonamiento práctico.

A pesar de que el argumento de la pericia y el argumento de coordinación sean el (adecuado) punto de arranque de la doctrina de la autoridad legítima de Raz, no considero que sean suficientes para entender la función normativa (excluyente) que se le reserva<sup>31</sup>. El denominado *enfoque indirecto*<sup>32</sup> es el intento de Raz de justificar la *función normativa* de la autoridad en el razonamiento práctico.

### 1.4.1 El enfoque indirecto

El enfoque o la estrategia indirecta de justificación de la autoridad consiste en

el abandono del intento de tomar la propia apreciación acerca de lo que resulta de aquellas razones como guía directa de la acción, teniendo sin embargo dicho abandono como resultado el mejor seguimiento de las mismas<sup>33</sup>.

Es decir, el enfoque indirecto permite que al *actuar guiado* por razones de segundo orden (excluyentes), se *actúe en correspondencia* a otras razones, las de primer orden, que deben ser excluidas del razonamiento. Para aclarar el alcance de este enfoque indirecto, que más bien parece un trabalenguas, conviene previamente clarificar la distinción entre razones en *sentido explicativo* y razones en *sentido justificativo* de la acción, o lo que es lo mismo, entre actuar en correspondencia a razones y actuar guiado por razones.

**Actuar en correspondencia a razones y actuar guiado por razones** La señora Stöger, aprovechando el fin de semana, ha recogido y amontonado las ramas secas de su jardín. Realizada la tarea tiene que decidir cómo deshacerse de ellas: puede arrojarlas al contenedor de basura de la calle o prenderles fuego en el jardín. Decidir lo uno o lo otro es una cuestión de razonamiento práctico: de justificar (dar razones) la acción (la

<sup>30</sup>Un ejemplo de coordinación de la acción mediante la autoridad es el hecho de que se conduzca por el mismo lado de la carretera.

<sup>31</sup>Como abordaré en los capítulos siguientes, aceptar que el razonamiento práctico tiene lugar en condiciones reales (tiempo y conocimiento limitados entre otras) no significa que la autoridad aparte el propio juicio, o evite el balance de razones.

<sup>32</sup>Véase J. RAZ, *Razón práctica y normas. Postscriptum*, citado p. 242.

<sup>33</sup>J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 638.

decisión). La señora Stöger puede decidir no quemar las ramas por la razón de que el humo molestaría a los vecinos de las casas circundantes. Es decir, la razón “respetar a los vecinos en el goce y disfrute de su propiedad privada” es una razón, al menos para la señora Stöger, para (no) actuar.

Supongamos que en Baviera, donde vive nuestra protagonista, existe una ley según la cual está prohibido realizar fuegos en los jardines privados durante toda la semana salvo los martes y jueves no festivos. La señora Stöger, conociendo esta norma jurídica, decide no quemar las ramas de su jardín porque la ley se lo prohíbe. La razón “la ley prohíbe hacer fuego en los jardines privados” es una razón para (no) actuar. Esta norma jurídica descansa en una razón de primer grado (exigencia ésta de la tesis de la conexión relativa entre el derecho y la moral), que Raz denomina razón *subyacente* y que en el caso de la señora Stöger bien podría ser “la protección del vecindario en el disfrute de su propiedad privada”.

En el anterior ejemplo, acuden al razonamiento práctico de la señora Stöger dos razones diversas: el respeto al vecindario y la prohibición (jurídica) de hacer fuego. Una es una razón de primer orden (el respeto al vecindario), una razón, según Raz, *explicativa* de la conducta, es decir, una razón para que la conducta se corresponda a ella (*reason for conformity*); otra es una razón de segundo orden, es decir, una razón *justificativa* de la conducta: una razón que guía la conducta (*reason for compliance*)<sup>34</sup>. Si ambas razones acuden al razonamiento práctico ¿cuál de ellas es la razón para la acción?

La respuesta de Raz no podía ser otra que la razón de segundo orden. Ésta permite que (i) la conducta esté guiada —justificada— por una razón, a la vez que (ii) la conducta esté en correspondencia con otra razón, la razón subyacente, que justifica la misma norma jurídica y que sin embargo, sostiene Raz, debe ser excluida del razonamiento práctico. Si la señora Stöger decide no quemar las ramas del jardín porque hay una ley que lo prohíbe, su conducta se guía por la norma y se corresponde además a la razón de primer orden “no molestar al vecindario”. Desde el punto de vista de un razonamiento guiado por las razones de primer orden:

Decir de la directiva de una autoridad legítima que es, en tanto que razón de primer orden, una razón dependiente y sustitutiva es tanto como decir que la emisión de dicha directiva no modifica en absoluto el balance de razones de primer orden aplicables al caso, no “genera” ninguna razón nueva que se añade al conjunto de las ya existentes<sup>35</sup>.

<sup>34</sup>J. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado, p. 221.

<sup>35</sup>J. C. BAYÓN MOHINO, “Razones y reglas: sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz”,

Por eso, el enfoque indirecto de la autoridad destaca, en definitiva, el carácter eminentemente instrumental de las directivas autoritativas: aseguran que al actuar guiado por una razón (de segundo orden o excluyente) se deje abierta la posibilidad de actuar en correspondencia con una razón de primer orden, de la razón excluida<sup>36</sup>.

Esta instrumentalidad se aprecia más aún si la razón que explica el comportamiento (la de primer orden) y la que justifica el comportamiento (la de segundo orden) están en conflicto. Ése sería el caso si la señora Stöger, por motivos de salud no pudiera transportar las ramas secas hasta el contenedor de basura. La razón "cuidar la salud" entra en conflicto con la razón "la ley prohíbe el fuego en jardines privados"<sup>37</sup>. Si la señora Stöger decide, erróneamente según Raz, actuar en correspondencia con la razón de primer orden, frustra absolutamente (i) la razón que debería guiar su comportamiento —la norma jurídica— y (ii) la razón que está en correspondencia con la norma jurídica —el respeto al vecindario.

El enfoque indirecto de la autoridad, finalmente, parece necesario para poder mostrar las *ventajas* de la autoridad legítima como razones para la acción, y explicar *cual* es el papel de la autoridad (de las normas jurídicas) en el razonamiento práctico.

En lo que se refiere a las ventajas, ya he señalado que la autoridad asegura que la acción esté guiada por una razón, la excluyente, a la vez que deja la puerta abierta a la posibilidad de actuar en correspondencia con la razón excluida<sup>38</sup>. La ventaja de este

---

en *DOXA*, n. 10, 1991, p. 45.

<sup>36</sup>Véase J. RAZ, *Razón práctica y normas. Postscriptum*, citado, p. 236. La razón para actuar en correspondencia (la de primer orden) es, sin duda, la que además ha justificado la norma jurídica.

<sup>37</sup>Igual que en el ejemplo anterior, la razón de primer orden explica el comportamiento del agente racional, mientras que la de segundo orden lo justifica.

<sup>38</sup>El razonamiento práctico no está libre de errores: se puede actuar guiado por una razón de correspondencia, incluso por una razón que es falsa, etc. Algunos de estos errores, sostiene Raz, son afortunadas coincidencias. Es el caso de un agente que actúa guiado por una razón de primer orden y haciendo así también actúa según una razón de segundo orden. Por ejemplo, en el supuesto de que la señora Stöger no queme las hojas y lo haga porque no quiere molestar a los vecinos. Aunque su comportamiento se ha guiado por una razón excluida, ella ha actuado en correspondencia a la razón excluida y a la razón excluyente. En general, los errores en el razonamiento práctico son el resultado de lo que Raz denomina la diferencia entre razones *ex ante* y *ex post* (cfr. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado, p. 230). Los errores en el razonamiento son el resultado de una consideración *ex post*. Algunos de ellos son los siguientes: a) se actuó guiado por una razón excluyente errónea porque era una razón excluida; b) se actuó guiado por una razón excluida errónea porque era una razón excluyente; c) se actuó guiado por una razón excluida que permitió actuar en correspondencia a la razón excluyente. Precisamente si hay alguna posibilidad para explicar el uso de los precedentes judiciales en la teoría de Raz, es mediante la evaluación de los errores del razonamiento jurídico. Pero ello refuerza la idea de que el fundamento del uso de las decisiones judiciales precedentes en el razonamiento jurídico no es otro que el ejemplo que aportan, y no su carácter excluyente.

enfoque indirecto, en opinión de Raz, es la de eliminar el dilema según el cual las reglas "o son redundantes o son injustificadas"<sup>39</sup>. Actuar *guiado por la autoridad* significa lograr la *máxima correspondencia con la razón subyacente* que justifica la propia autoridad. En definitiva la autoridad es una razón para actuar excluyendo otras razones porque es una razón *no redundante además de justificada*.

Por lo que se refiere a la función de la autoridad en el razonamiento práctico, Raz señala que utilizar las razones excluyentes como razones que guían nuestro comportamiento significa razonar correctamente ya que se mantiene la distinción funcional de las razones excluyentes respecto de las de primer orden (con las que no compiten en peso o fuerza)<sup>40</sup>. Para sostener tal afirmación Raz elabora un concepto de autoridad que no es moral sino conceptual: "la autoridad —dice Raz— traslada la decisión de una persona a otra"<sup>41</sup>. Significa que una directiva autoritativa afecta a las razones que el agente tenga para actuar de manera que su propio juicio o razones no serán consideradas en el razonamiento práctico, al menos no como razones que guían su comportamiento<sup>42</sup>.

Conviene precisar que el concepto de autoridad no equivale, en la obra de Raz, a poder. *Poder* hace referencia al uso de la fuerza para conseguir la obediencia a las órdenes emitidas<sup>43</sup>. Imponer una orden por la fuerza para que sea obedecida, o seguir las órdenes en términos de obediencia, queda lejos de cualquier relación con el razonamiento práctico: el poder, quien ejerce el poder, no pretende alterar el razonamiento de sus destinatarios, al mismo tiempo que quien sigue el poder no lo acepta sino que *obedece* las órdenes.

Cuando Raz habla de autoridad *legítima* se está refiriendo, más bien, a una *autoridad aceptada* por los destinatarios. Pero, y hay que ser cuidadosos en no mal interpretar el objeto de la aceptación, el destinatario de la directiva acepta la función excluyente

---

<sup>39</sup>Cfr. J. RAZ, *Razón práctica y normas*, citado, p. 242. Sin el enfoque indirecto de la autoridad, sostiene Raz, las normas jurídicas son redundantes porque están justificadas en razones subyacentes de manera que lo que hacen es repetir el contenido de las últimas. La redundancia de las reglas obliga, a niveles filosóficos distintos, plantearse el problema relativo a la necesidad del derecho. Pero si las normas no fueran redundantes significaría que serían injustificadas puesto que no se basarían en ninguna otra razón cuyo contenido repiten.

<sup>40</sup>*Ibidem*, pp. 225 y 237.

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 241.

<sup>42</sup>Que la autoridad traslade la decisión (la razón para actuar) de una persona a otra parece evidente si se toma, siguiendo a Raz, el ejemplo de un árbitro o de un juez (*ibidem*, pp. 121-122). La decisión de un juez se sigue no porque sus destinatarios, según su propio balance de razones, hayan considerado que esa decisión sea sensata sino porque la decisión de un juez sustituye las razones que sus destinatarios tengan sobre la base de que es el juez (o el árbitro) el que decide.

<sup>43</sup>Cfr. R. B. FRIEDMAN, "On the Concept of Authority in Political Philosophy", en *Authority*, editado por J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990, p. 62.

(normativa) de la autoridad; acepta que ésta sea *un punto y final en la demanda de razones*<sup>44</sup> y que, excluya así el propio juicio del sujeto. Por lo tanto la aceptación no es respecto al contenido de la directiva<sup>45</sup> sino respecto a su función excluyente en el razonamiento práctico<sup>46</sup>.

Pretender autoridad legítima significa, por lo tanto, aceptar las directivas autoritativas y postergar el propio juicio. Estas dos cualidades se expresan en los conceptos de autoridad *de facto* y autoridad *de jure*. La primera se refiere a la simple aceptación de la autoridad por los destinatarios, lo que no basta porque, como indica Raz, se establecerían sociedades en las que los habitantes aceptarían las directivas autoritativas sin sentirse obligados a seguir las reglas<sup>47</sup>. La autoridad *de jure*, sin embargo, significa que la aceptación de las directivas autoritativas implica también la postergación del propio juicio. Se logra así un concepto de autoridad que desplaza otras razones (de primer orden) y que se convierte en

---

<sup>44</sup>*Ibidem*, p. 67.

<sup>45</sup>Véase J. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 35. La autoridad es un tipo de razón *content-independent*, es decir un tipo de razón en la que no hay una conexión directa entre la razón para la acción y la razón subyacente a la misma. Dicho de otra forma, una razón independiente de su contenido es una razón de primer orden que ha recibido un *estatus* de razón de segundo orden porque está contenida en una directiva autoritativa. La razón de segundo orden excluye no sólo otras razones de primer orden que puedan estar en conflicto sino también la propia razón de primer orden que la originó.

<sup>46</sup>Una puntualización más a propósito de la aceptación. J. Raz, siguiendo la obra de R. B. Friedman indica dos formas de aceptación de la pretensión de la autoridad legítima (cfr. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 40). Una es la denominada *tesis maximalista* de la aceptación según la cual, el destinatario de una regla, al aceptar la autoridad legítima, acepta ésta como razón para actuar sin que quede condicionada a su propio juicio o balance de razones. Nada obliga al destinatario a que excluya su propio juicio, sino que él elige (por lo tanto es una cuestión de elección) trasladar la razón para actuar y por lo tanto la decisión a otra persona, a la autoridad. De esta forma, dos equipos de fútbol que juegan un partido aceptarán la autoridad del árbitro y seguirán sus instrucciones sin que tal vinculación esté condicionada a que los equipos juzguen si es correcta o no la actuación del árbitro. Nada impide que quien acepte la pretensión de autoridad realice sus propios juicios o balance de razones, pero estos no son considerados como guías para la acción o como razón para la acción. Una segunda tesis de la aceptación es la denominada *tesis minimalista*, según la cual la pretensión de seguir la autoridad legítima se acepta sólo sobre la base de un balance de razones por el que seguir la autoridad sea racional. Es decir sólo cuando un juicio *all things considered* indique que es racional seguir la autoridad, entonces la pretensión de la autoridad será aceptada. Ésta tesis no es admitida por Raz, porque sencillamente omite la función normativa de la autoridad en el razonamiento práctico. Tal omisión provocaría situaciones absurdas: un partido de fútbol que se interrumpiría después de cada instrucción del árbitro con el fin de que los equipos que disputan el partido decidieran *all things considered* si la tarjeta amarilla o el fuera de juego era correcto o no, para así aceptar o no la autoridad.

<sup>47</sup>Véase J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 27. La autoridad *de facto* describe un concepto asimétrico de autoridad, porque basta la aceptación de la autoridad por parte de los destinatarios para que se pueda hablar de autoridad legítima.



la razón para la acción.

El concepto de autoridad legítima puede definirse como aquella pretensión de autoridad que es aceptada por los destinatarios que permiten que sus propias deliberaciones se vean afectadas por una razón que las excluye. En este sentido el concepto de Raz es un concepto simétrico.

El concepto de autoridad legítima de Raz, y en concreto su enfoque indirecto, constituye, en palabras de Bayón

el intento más refinado ... de sortear la paradoja de la autoridad<sup>48</sup>.

Sortear la paradoja de la autoridad significa explicar de qué modo es racional suspender o postergar el propio juicio. Raz hace depender esta explicación de la dimensión práctica (del servicio) de las directivas autoritativas: éstas afectan las razones de los destinatarios hasta el punto de excluir sus propias razones o el juicio resultante del balance de razones.

## 1.5 La autoridad legítima y el razonamiento práctico

La dimensión práctica o el servicio de la autoridad en el razonamiento jurídico queda resumida en tres tesis: la tesis de la dependencia (*dependence thesis*); la tesis de la justificación normal (*normal justification thesis*); y la tesis del reemplazo (*preemptive thesis*). Todas ellas se complementan entre sí.

### La tesis de la dependencia

Todas las directivas de la autoridad deben estar basadas en razones que ya se aplican independientemente a los sujetos de las directivas y que son relevantes para sus acciones en las circunstancias cubiertas por la directiva<sup>49</sup>.

Es ésta una tesis normativa sobre cómo se debe ejercer la autoridad<sup>50</sup>. Las directivas autoritativas, las normas jurídicas, deben estar basadas en razones *subyacentes*, las mismas que luego serán excluidas del razonamiento jurídico. A pesar de este abandono,

<sup>48</sup>J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, citado, p. 637.

<sup>49</sup>J. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 47.

<sup>50</sup>Cfr. J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, citado, p. 639. En palabras de Raz, la tesis de la dependencia es una tesis moral sobre cómo las autoridades deberían usar sus poderes (cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 53).

actuar guiado por una razón de segundo orden, garantiza que se esté actuando además en correspondencia con una razón (la subyacente)<sup>51</sup>.

La tesis de la dependencia establece un ejercicio ideal de la autoridad: ésta estará siempre fundada en razones subyacentes que ya existían y que, por lo tanto, ya guían la misma autoridad. Este ejercicio ideal de la autoridad no puede confundirse, señala Raz, con otras pretensiones<sup>52</sup>. En primer lugar la tesis de la dependencia no significa que la autoridad siempre actúa según las razones de las que depende (razones que ya existen y se aplican) sino que la autoridad debería guiar su actuación o ejercicio según estas razones. La tesis de la dependencia tampoco pretende un control del ejercicio de la autoridad mediante un control de la correspondencia entre la autoridad y las razones que independientemente ya se aplican. De manera que no se puede concluir que si la autoridad no se ha guiado por las razones subyacentes de las que depende, entonces los destinatarios de una directiva autoritativa no están vinculados a ella, mientras que si esta correspondencia existe la autoridad debe ser seguida. La razón de ello es, de nuevo, el carácter ideal de tal dependencia.

La tesis de la dependencia, sin embargo, no es una justificación suficiente a la función de la autoridad en el razonamiento porque plantea la paradoja de la necesidad del derecho. Es decir, si la autoridad se basa en razones que ya existen y se aplican, ¿por qué acudir a directivas autoritativas? ¿Por qué no guiar el comportamiento por las razones que orientan el ejercicio de la autoridad?

**La tesis de la justificación normal** Los anteriores interrogantes intentan ser resueltos desde la tesis de la justificación normal. Ésta trata de resolver la paradoja de la irrelevancia práctica de la autoridad<sup>53</sup>. Se formula así:

El modo normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra supone demostrar que el presuntamente sujeto a ella cumplirá probablemente mejor con las razones que se le aplican ... si acepta las directivas de la presunta autoridad como vinculantes y trata de seguirlas, que si intenta seguir directamente las razones que le son aplicables<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup>El ejemplo de la señora Stöger servía para aclarar esta ventaja de la autoridad legítima.

<sup>52</sup>Cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 47.

<sup>53</sup>Cfr. J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, citado, p. 640.

<sup>54</sup>J. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 53.

Significa que el argumento que legitima la pretensión de autoridad es la aceptación por parte de los destinatarios de tal pretensión, la aceptación de la fuerza excluyente de las directivas autoritativas.

La tesis de la justificación normal y la de la dependencia se refuerzan entre ellas. El ejercicio de la autoridad está guiado por las razones que ya se aplican independientemente a los sujetos destinatarios de las directivas autoritativas (tesis de la dependencia). Mediante una autoridad así legitimada, los destinatarios de las directivas pueden incrementar la correspondencia de sus acciones a las razones subyacentes si se guían por la autoridad (tesis de la justificación normal) y rechazan guiarse por las razones subyacentes. De manera que al aceptar la autoridad legítima se acepta la pretensión de que las directivas autoritativas sean las guías de la acción que permitan actuar en correspondencia a ellas y, además, en correspondencia a las razones que independientemente ya son aplicadas.

Este problema ya ha sido tratado cuando se explicaba por qué las directivas autoritativas son razones guías mientras que las razones que justifican a la autoridad son razones para actuar en correspondencia a ellas. La clave consistía en lo que Raz denominaba "maximizar la correspondencia con las razones subyacentes y guiar la actuación por las razones guía o razones de segundo orden excluyente"<sup>55</sup>.

**La tesis del reemplazo** La tesis del reemplazo complementa las anteriores. Resume la idea de que las directivas autoritativas deben considerarse *razones protegidas*<sup>56</sup>. La autoridad, según esta última tesis de Raz, no es sólo una razón para la acción sino que excluye cualquier otra razón subyacente de la que depende la propia autoridad<sup>57</sup>. Dicho de otro modo, la autoridad como razón guía no se añade a las razones subyacentes sino que las sustituye.

Con la tesis del reemplazo he llegado así al núcleo de la teoría de Raz: la justificación de la función normativa de la autoridad. La autoridad legítima es una razón que guía la acción y que excluye otro tipo de razones (subyacentes o de primer orden). Su función normativa en el razonamiento práctico impide que otras razones distintas a las de segundo orden sean consideradas. En la gran familia de razones descritas por Raz la autoridad puede calificarse como una razón de segundo grado protegida: es una razón para la acción al mismo tiempo que una razón excluyente.

---

<sup>55</sup>Me remito a lo dicho a propósito del enfoque indirecto en el apartado 1.4.1.

<sup>56</sup>Cfr. J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, citado, p. 642.

<sup>57</sup>Cfr. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, citado, p. 59.

## 1.6 El precedente como razón de segundo orden excluyente

Tras el análisis de la teoría del razonamiento práctico de Raz, creo que es más fácil entender el significado y el alcance de su concepto de derecho. El derecho, que pretende autoridad legítima, es un sistema de razones de segundo orden de carácter excluyente que guía la conducta y regula determinados aspectos de la vida pública. O aún más sintetizado, el concepto de derecho responde a dos tesis que son las dos caras de una misma moneda: *la tesis de las fuentes y la tesis de la autoridad legítima*.

Las dos tesis anteriores tienen la cualidad de explicar no sólo el concepto de derecho sino también el modelo de razonamiento jurídico elaborado por Raz cuyo núcleo es el concepto y función de razones de segundo grado excluyentes. Las normas jurídicas tienen un carácter excluyente en el razonamiento práctico, de manera que cuando exista una norma jurídica ésta será la razón para actuar (para decidir el caso) con exclusión de otro tipo de razones (las de primer orden). De manera que decidir una disputa jurídica correctamente es tomar siempre la norma jurídica como razón que guíe el comportamiento y excluir la consideración de otro tipo de razones (morales, teleológicas o políticas). Por eso hay que estar de acuerdo con MacCormick cuando declara que el modelo de razonamiento práctico defendido por Raz es un modelo dominado por la función normativa de las directivas autoritativas (las reglas jurídicas) por su función excluyente y no por el balance de razones que caracterizaría el razonamiento moral.

Una vez expuesto el modelo de razonamiento jurídico de Raz se puede dar un paso más y conectarlo con el objeto de esta tesis, con el precedente judicial, para responder a la pregunta sobre ¿cuál es el fundamento y cómo se debe utilizar el precedente en la solución de las disputas jurídicas? Intentaré responder este interrogante en el marco del modelo de razonamiento propuesto por Raz. Para ello conectaré dos interrogantes:

- El primero se refiere a si el precedente pretende o no un carácter excluyente en el razonamiento jurídico o, dicho de otro modo, si las decisiones judiciales pretenden autoridad legítima y por lo tanto son razones de segundo orden excluyentes.
- El segundo se refiere al carácter del razonamiento de los jueces, es decir pretende determinar si los jueces deciden los conflictos jurídicos de una forma ejecutiva o si por el contrario deciden en términos de razonamiento deliberativo o *all things considered*.

Para analizar el uso de los precedentes en el razonamiento práctico de los jueces utili-

zaré fundamentalmente el capítulo X del libro de Raz *La autoridad del derecho. Ensayos sobre el derecho y la moral* dedicado al valor de las decisiones judiciales en un sistema de derecho común concreto, el inglés<sup>58</sup>. Creo que lo allí escrito para el razonamiento de los jueces ingleses se puede hacer extensivo para el resto de sistemas de derecho común e incluso para los de sistemas de derecho civil.

### 1.6.1 La doctrina del precedente y la discrecionalidad de los jueces

Raz no afronta de una manera sistemática el razonamiento de los jueces en la solución de conflictos jurídicos aunque sí establece los pilares básicos que deben guiar la actividad judicial.

Los tribunales —dice Raz— tienen el deber de aplicar las disposiciones jurídicas del sistema cuando estas sean aplicables y obrar discrecionalmente para resolver conflictos que no se encuentren regulados<sup>59</sup>.

Lo que significa que los jueces tienen que seguir dos reglas en su razonamiento: de un lado las reglas de reconocimiento que señalan al juez qué disposiciones jurídicas tiene que aplicar y de otro lado las reglas de discrecionalidad que guían al juez en la solución de conflictos a los que el sistema jurídico no da una solución clara.

En este apartado me centraré en un tipo particular de regla de reconocimiento: la *doctrina del precedente*. En los sistemas de derecho común las decisiones judiciales precedentes son vinculantes gracias al reconocimiento que reciben por medio de la práctica de los tribunales. Son los propios jueces los que al aplicar reiteradamente un precedente le reconocen un valor vinculante. La doctrina del precedente viene a sintetizar los hechos sociales (*social facts*) gracias a los que una decisión judicial pasa a ser considerada como un precedente vinculante, es decir, como una disposición jurídica<sup>60</sup>. Por ello hay que concluir que los precedentes, al igual que el derecho legislado, son disposiciones jurídicas que tienen carácter de reglas de segundo grado excluyentes en el razonamiento práctico.

<sup>58</sup>Si, como ya he indicado, Raz tiene el defecto de la oscuridad cuando explica su modelo de razonamiento práctico, a la hora de afrontar el problema del razonamiento de los jueces y del valor de las decisiones judiciales este defecto se incrementa (si cabe).

<sup>59</sup>J. RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, citado, p. 127.

<sup>60</sup>Tanto Raz como Hart entienden la doctrina del precedente como una regla de reconocimiento consuetudinaria puesto que es la práctica de los jueces el vehículo para reconocer a estas disposiciones normativas especiales (véase RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, pp. 227 y ss).

Sin embargo Raz indica que si bien los precedentes y las leyes tienen en común su carácter excluyente (y su función normativa en el razonamiento jurídico) es necesario establecer una diferencia en relación a su grado de obligatoriedad: los precedentes y las leyes no obligan a los tribunales de la misma forma, o en palabras de Raz "las normas del derecho común son menos obligatorias que las normas legisladas"<sup>61</sup> porque los precedentes al contrario que el derecho legislado pueden ser distinguidos (*distinguishing*) o anulados (*overruling*) por los propios jueces.

Una afirmación como ésta hace pensar inmediatamente en una contradicción interna en la obra Raz puesto que no se puede declarar el carácter excluyente de los precedentes a la vez que su carácter "menos obligatorio" que el de las normas legisladas. O dicho de otra forma, la tesis de las fuentes justifica una regla de reconocimiento consuetudinaria: la doctrina del precedente. Según ésta, los precedentes son obligatorios puesto que se ha reconocido su carácter excluyente mediante la práctica de los tribunales. Entonces ¿por qué no son *tan* vinculantes u obligatorios para los jueces como lo es la ley?

Para responder a la pregunta anterior tengo que volver a una idea ya expuesta. Como he indicado, la actividad judicial se sostiene, dice Raz, sobre dos pilares: uno las reglas de reconocimiento (la doctrina del precedente entre ellas) y otro las reglas de la discrecionalidad para la solución de aquellos conflictos a los que el derecho no da una solución clara. No es muy difícil estar de acuerdo cuando se afirma que en la mayoría de los casos el derecho no aporta una solución clara ni unívoca a un conflicto ya sea porque dos o más reglas pueden aplicarse y no se sabe cuál de ellas es la apropiada: ya porque una única norma sea aplicable pero no se sabe cómo; ya porque no exista ninguna regla aplicable al caso. En todos los supuestos anteriores los jueces están dotados de discrecionalidad para resolverlos<sup>62</sup>. Desgraciadamente la idea de discrecionalidad permanece tan oscura o más que la idea de la regla de reconocimiento (la regla última del sistema jurídico) en el trabajo de Raz. Obviamente la discrecionalidad de los jueces no equivale a arbitrariedad, sino más bien consiste en aportar la regla más apropiada al caso para resolverlo. Pero si la discrecionalidad se ejerce tanto en los casos fáciles como en los difíciles se podría así reconocer que los jueces desarrollan un razonamiento en términos deliberativos o *all things considered* y no en términos ejecutivos.

Concluyendo, la doctrina del precedente atribuye un carácter vinculante a los precedentes, de manera que los jueces se ven obligados a seguirlos para solucionar los conflictos jurídicos. Ahora bien, la doctrina del precedente debe interpretarse de manera que se pue-

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>62</sup> Esta discreción vale tanto para los denominados casos fáciles como para los difíciles. Véase J. RAZ, "Facing Up", en *Southern California Law Review*, 1989, p. 1204.

da reconciliar la obligación de seguir los precedentes (*following*) con la discrecionalidad de los jueces para aportar la solución a la disputa jurídica concreta.

Esta "reconciliación" de las dos reglas que orientan la actividad judicial es la clave para responder al interrogante ¿por qué el precedente es menos vinculante que el derecho legislado? El precedente, como derecho obligatorio, se tiene que seguir pero de manera discrecional. Es decir, en los casos en que un precedente se pueda aplicar éste viene aplicado si bien el juez podrá siempre modificarlo y en algunos casos hasta anularlo, haciendo así uso de su discrecionalidad en la búsqueda de la solución más adecuada.

La doctrina del precedente no se debe interpretar, por lo tanto, de manera aislada es decir reducirla al deber de seguir el precedente siempre que éste sea aplicable a un caso concreto. Todo lo contrario. Para ser entendida, la doctrina del precedente necesita que junto al seguimiento de los precedentes los jueces tengan la discrecionalidad para divergir de ellos. Es esta *especial revisibilidad* a la que están siempre sometidos los precedentes lo que los distingue del derecho legislado que, según Raz, no podría ser modificado ni siquiera parcialmente por los jueces.

## 1.7 Indicando las líneas de crítica

He iniciado el apartado relativo a los precedentes en el razonamiento jurídico (al menos en Inglaterra) afirmando su consideración como razón de segundo grado excluyente. Pero al ir introduciéndome en el razonamiento de los jueces nada hacía parecer que los precedentes tuvieran tal función normativa o excluyente. De manera que se puede concluir que el derecho legislado y los precedentes son razones de segundo grado excluyentes si y sólo si el razonamiento jurídico estuviera regulado por la *tesis de las fuentes* y fundado sobre la idea de *autoridad legítima*. Pero, como el propio Raz indica, el razonamiento de los jueces está regulado además por las reglas de la discrecionalidad que relativizan absolutamente el carácter excluyente de los precedentes<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup>Pese a que el interés de esta tesis se refiere al uso de los precedentes en el razonamiento de los jueces, creo conveniente apuntar tan sólo una idea a propósito del derecho legislado. Raz ha caracterizado el razonamiento de los jueces como a caballo entre la regla de reconocimiento (que les obliga a seguir el derecho) y la regla de la discrecionalidad (que les obliga a dar una solución adecuada a los conflictos jurídicos), aunque se ha limitado a explicar sólo lo relativo a la doctrina del precedente. Ahora bien, nada impide que la misma interpretación se haga extensiva a la regla de reconocimiento del derecho legislado. Así que se puede sostener que también para el caso de la ley o del derecho legislado, su carácter excluyente se relativiza en el razonamiento de los jueces, de manera que, si bien el juez no podrá modificar o anular una ley, sí puede cambiar su interpretación y, por lo tanto, su significado.

Sin embargo, creo que la mejor crítica al razonamiento jurídico de J. Raz no viene de la mano de la tesis de la discrecionalidad de los jueces (por muy oscuro que permanezca este concepto) sino del fundamento mismo del razonamiento práctico: la autoridad legítima. Diversamente a lo sostenido por Raz, creo que si el razonamiento práctico quiere ser racional debe prescindir de la idea de las razones excluyentes.

Raz utiliza los argumentos de la pericia y de la coordinación de la acción a fin de fundamentar la introducción de la autoridad (del derecho) en el razonamiento práctico. Con ello Raz no hace sino aceptar que existe una conexión justificatoria entre el derecho y la moral. Ahora bien, una cosa es *aceptar* que otros más expertos decidan o que otros decidan a fin de coordinar la acción, y otra cosa distinta es *aceptar* cualquier directiva dictada por la autoridad (aunque ésta haya sido aceptada). Es decir, existe una diferencia, apunta Bayón, entre consentir la autoridad —por el argumento de pericia y coordinación— y aceptar su función excluyente<sup>64</sup>. Creo que es irracional seguir una directiva autoritativa (y por lo tanto postergar el propio juicio) cuando ésta refleja erróneamente el propio juicio, incluso, como diría Raz, si de esta forma se minimizan los errores de decisión<sup>65</sup>. Tampoco el argumento de coordinación es suficientemente fuerte como para fundamentar la función excluyente de las directivas autoritativas. Como apunta Bayón Mohino,

lo característico de un problema de coordinación es precisamente que los individuos *no aciertan a formar un juicio* acerca de qué acción realizar: sí tienen un juicio formado acerca de qué resultados se ha de procurar conseguir, pero justamente no saben qué acción realizar para conseguirlos<sup>66</sup>.

Por eso, sólo puede ser racional la autoridad que en lugar de excluir o apartar el propio juicio, las razones de primer orden, está fundamentada en él.

De ahí que no comparta con Raz el carácter ejecutivo atribuido al razonamiento jurídico, un razonamiento que gira en torno a la función excluyente de la autoridad. Tampoco considero que en el razonamiento práctico se puedan distinguir dos niveles de razonamiento, el deliberativo y el ejecutivo, y dos tipos de razones, las de primer orden y las de segundo orden o excluyentes. Creo que el razonamiento jurídico, y en concreto el judicial, discurre más bien por niveles deliberativos. Para explicar y defender esta idea

---

<sup>64</sup>Cfr. J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, citado, p. 687.

<sup>65</sup>Si bien es cierto que el argumento de la pericia fundamenta la necesaria introducción de la autoridad en el razonamiento práctico, no lo es menos que se logra al costo de la irracionalidad.

<sup>66</sup>J. C. BAYÓN MOHINO, "Razones y reglas: sobre el concepto de "razón excluyente" de Joseph Raz", citado, p. 62. El énfasis del original.



acudiré al modelo razonamiento práctico elaborado por Ch. Perelman. He elegido este modelo como punto de partida porque con él se rehabilita una línea teórica que entiende el razonamiento práctico como netamente deliberativo o argumentativo. En este marco se perfila un uso argumentativo o evaluativo de los precedentes, y no un uso excluyente como el que atribuye el modelo de razonamiento de Raz.



## Capítulo 2

# La función de la autoridad en el razonamiento retórico

### Introducción

Si el capítulo anterior se ha centrado en la teoría del razonamiento práctico elaborada por Raz, las páginas que siguen se ocuparán de otra: me refiero a la nueva retórica de Perelman, un modelo normativo de razonamiento argumentativo, deliberativo y discursivo.

Perelman reunió en torno al *Centre National de Recherches de Logique* a otros teóricos que crearon la denominada escuela de Bruselas. El elemento de cohesión entre ellos era doble: de un lado la revisión crítica del razonamiento cartesiano o del razonamiento teórico, y de otro lado la recuperación del pensamiento retórico y con él del razonamiento práctico<sup>1</sup>.

La obra de Perelman escrita en colaboración con la autora griega L. Olbrechts-Tyteca *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* quiere romper la tradición del pensamiento teórico o formal que hace de la evidencia su postulado central y de la deducción e inducción lógica su metodología. Este rechazo del razonamiento teórico es evidente en la explicación de la mayoría de los elementos del razonamiento retórico. Por ejemplo, se abandona la idea de evidencia o veracidad de los postulados y se adopta aquella de lo posible o plausible de los argumentos; el razonamiento demostrativo ya sea deductivo o inductivo se sustituye por la argumentación o justificación; el criterio de corrección formal, lo racional, pasa a tener un contenido más substantivo, lo razonable; el monismo del razonamiento teórico deja paso a la deliberación y discusión de las distintas opciones, y a la

---

<sup>1</sup>Cfr. L. PRIETO SANCHÍS (1987), *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 59.

aceptación (de la opción más razonable) por el auditorio. En definitiva, la nueva retórica de Perelman pone los pilares de un nuevo modelo de *razonamiento práctico* basado en la argumentación, la deliberación y discusión del valor de los argumentos. Por eso se puede decir que la nueva retórica es un modelo de *razonamiento argumentativo, deliberativo y discursivo*.

Con el fin de dotar de cierta sistematicidad la exposición del pensamiento de Perelman, y a fin de obtener la adhesión de mi auditorio, me ceñiré a los que creo que son los aspectos más relevantes de la nueva retórica: los aspectos *no formal, contextual, discursivo y práctico*.

Una sistematización como ésta resulta de gran utilidad para la tesis que pretendo defender en relación al razonamiento práctico, al valor de la autoridad y al uso de los precedentes judiciales: primero porque, a diferencia de la propuesta de Raz, la teoría de la argumentación es un modelo de razonamiento práctico que no está fundado en el concepto de autoridad legítima sino en el concepto de lo razonable; segundo, porque el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico, el judicial por ejemplo, puede ser considerado no como un uso autoritativo o excluyente —la propuesta de Raz— sino más bien como un uso argumentativo cuya fuerza o peso depende su relación con el resto de argumentos sostenidos.

El gran mérito de Perelman, creo, ha sido el iniciar la línea de razonamiento práctico como razonamiento discursivo y argumentativo. Una línea que luego se ha desarrollado y que ha sido un punto de referencia teórico obligado<sup>2</sup>. La nueva retórica es un razonamiento práctico preocupado de persuadir o convencer a su auditorio y que está basado en la deliberación y discusión del valor de los diferentes y a la vez posibles argumentos<sup>3</sup>.

## 2.1 Los pilares de la teoría de la argumentación

El objeto de la teoría de la argumentación<sup>4</sup> es,

---

<sup>2</sup>Me refiero entre otros a la obra de R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, citado. Perelman junto a J. Habermas son las bases teóricas de esta obra de Alexy.

<sup>3</sup>Véase CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, Reidel, Dordrecht, 1980, p. 138.

<sup>4</sup>En la obra de Perelman términos como teoría de la argumentación o nueva retórica hacen referencia a un único concepto: un modelo de razonamiento práctico que no utiliza como metodología la demostración sino la justificación o argumentación de las proposiciones.

el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar la adhesión o el acuerdo de mentes a las tesis que se han presentado a su asentimiento<sup>5</sup>.

A pesar de la brevedad de la definición, aquí se encuentra resumida toda la complejidad de la nueva retórica:

- Tiene por objeto *los argumentos o técnicas argumentativas* que sostienen o justifican una tesis como la mejor, o la más justa o la más adecuada.
- Para poder justificar una tesis mediante argumentos, la nueva retórica tiene como protagonistas al *orador* y la *audiencia*. Ambos juegan un papel activo en el razonamiento que se llega a parecer al de un diálogo entre las dos partes: de un lado el orador justifica o argumenta su tesis ante una audiencia; y de otro lado, la audiencia valora la fuerza de dicha argumentación mediante su adhesión o no a dicha tesis.
- La argumentación es eficaz cuando el orador ha logrado convencer a su auditorio y éste ha mostrado su *adhesión* a la tesis. La eficacia de la argumentación consiste pues en la adhesión del auditorio.

Cada uno de los elementos anteriores puede explicar los aspectos más relevantes de la teoría de la argumentación de Perelman. De un lado, el uso de técnicas argumentativas como objeto de la nueva retórica (en lugar de las premisas), y la argumentación (en lugar de la demostración) ayuda a entender el aspecto *no formal* de la nueva retórica. De otro lado el que la argumentación esté dirigida a un auditorio y el que la eficacia de la argumentación dependa de la adhesión o no de dicho auditorio a las tesis propuestas por el orador, permite explicar el aspecto *contextual* de la teoría de la argumentación. Por último, el hecho de que los argumentos y las tesis justificadas sean más o menos fuertes y no estén definidos en términos de verdadero/falso, y el hecho de que se deba decidir, y no deducir o inducir, cuales son los argumentos más fuertes y la solución más razonable, descubre el aspecto *discursivo y práctico* de esta teoría. El desarrollo de estos aspectos teóricos me parece imprescindible para comprender hasta qué punto la obra de Perelman fue una alternativa al modelo de razonamiento teórico y significó el comienzo de lo que se ha denominado el redescubrimiento del razonamiento práctico.

---

<sup>5</sup>CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 5.

### 2.1.1 El aspecto no formal de la nueva retórica

El aspecto no formal de la nueva retórica lo determina su propio objeto: *la técnicas discursivas* que sirven para conseguir la adhesión del auditorio al que va dirigida la argumentación. Perelman reitera este aspecto no formal subrayando así la radical ruptura que su nueva retórica supone respecto del razonamiento teórico formal<sup>6</sup>. De hecho Perelman justifica este aspecto no formal de la nueva retórica a partir de los límites que manifiesta el razonamiento demostrativo<sup>7</sup>.

Al solucionar un conflicto, por ejemplo jurídico o incluso moral, se parte de un conjunto de axiomas, el sistema de normas jurídicas, cuya validez no se cuestiona. Uno de estos axiomas será la premisa mayor de la que se deducirá, mediante el uso de otras premisas —las premisas menores— la solución a la controversia. La decisión es el resultado de una cadena de axiomas que se siguen unas a otras mediante inferencias lógico-deductivas o lógico-inductivas. La eficacia de la deducción como método de razonamiento, sostiene Perelman, es la demostración de la *evidencia* de los axiomas, de las premisas mayores y menores. Sólo es posible una solución: aquella que es verdadera. La veracidad o la evidencia de las premisas determina la corrección del razonamiento deductivo/inductivo o lógico formal. En definitiva, el uso de la lógica deductiva o inductiva garantiza la corrección formal del razonamiento<sup>8</sup> en términos de coherencia o no contradicción dentro del sistema de axiomas. La solución es verdadera si fue el resultado de un razonamiento deductivo correcto que garantiza la no contradicción del resultado con el sistema de axiomas si estos últimos son verdaderos.

---

<sup>6</sup>Me refiero al razonamiento cartesiano, al razonamiento teórico, al razonamiento formal y a la lógica formal como sinónimos de un mismo modelo de razonamiento: aquel que está basado en la idea de la evidencia, en el binomio verdadero/falso, en la deducción lógica y en lo racional. Éstos son de manera sumaria los fundamentos de tal modelo de razonamiento.

<sup>7</sup>Aunque el mérito de la obra perelmaniana sea que la nueva retórica establezca los pilares para una teoría de la argumentación, la revisión crítica del razonamiento teórico se venía realizando ya desde finales del siglo XIX. Concretamente, la hermenéutica es la primera reacción antipositivista basada de un lado, en el rechazo del monismo metodológico que tiene en la deducción y la demostración su máxima expresión; y de otro lado, en la idea de ciencia como explicación. La hermenéutica propone un modelo de ciencia que comprende lo que acade. Obviamente la distinción entre explicar (*erklären* en alemán) y comprender (*verstehen*) no es del todo clara, pero sí suficiente para entender el cambio en la concepción de la ciencia social que ocurrió a final del siglo XIX. Respecto a este cambio y a la evolución de la ciencia dominada por una "ley del péndulo" cuyos extremos son la explicación de un lado y la comprensión de otro, es de gran interés la lectura del libro de G.H. VON WRIGHT, *Explanation and Understanding*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1971.

<sup>8</sup>Véase CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, traducción de W. Kluback, Reidel Dordrecht, 1979, p. 10

Las cualidades de la lógica formal se refieren, de un lado, a la *corrección del razonamiento* y, de otro, a la *coherencia del sistema de axiomas*. En primer lugar, una decisión que ha sido deducida a partir de una premisa mayor será verdadera o falsa según que la deducción haya sido correcta o no, y según las premisas sean verdaderas o no. La lógica formal es así un método de control impersonal de la corrección de las soluciones. En segundo lugar, una solución correcta (lógicamente hablando) garantiza la coherencia entre las premisas de las que es deducida (o inducida) y el sistema de axiomas en general.

La lógica formal representa, al menos para Perelman, un método infalible de control y demostración de la veracidad de las soluciones alcanzadas. Ahora bien, los puntos débiles de la lógica formal son evidentes:

- A la lógica formal no le atañe la validez de las premisas, de los axiomas, sino su veracidad. La lógica deductiva ni cuestiona ni alcanza la validez de sus axiomas.
- La lógica formal es considerada como una metodología para *conocer*, no para *decidir* una solución entre varias posibles. Dicho de otro modo, la lógica formal mira hacia un sistema de axiomas, controla su coherencia (en términos de no contradicción) y la corrección de la solución, pero ni justifica la elección de la premisa mayor, ni tampoco la decisión final en relación a su contexto extra jurídico.

El primer punto débil hace referencia a la validez de las premisas del razonamiento lógico formal; el segundo se refiere al aspecto cognoscitivo del razonamiento teórico y la evidente ausencia de una dimensión práctica.

El aspecto *no formal* de la nueva retórica afronta, precisamente, ambas cuestiones, ya que de un lado diseña un modelo de razonamiento *no formal deliberativo* (en oposición a uno demostrativo como el lógico formal) y un razonamiento *práctico* (en oposición a uno teórico o cognoscitivo).

Pero ¿cual es el contenido de este, hasta ahora misterioso, aspecto no formal de la nueva retórica? Creo que se refiere tanto al *objeto* como al *modo de razonar* y al *criterio de corrección*, ambos radicalmente opuestos a los axiomas y a la deducción lógica del razonamiento cartesiano.

### El aspecto no formal del objeto de la nueva retórica

La nueva retórica hace de su objeto los argumentos y técnicas discursivas usadas por el orador con la finalidad de obtener la adhesión del auditorio. De los argumentos o razones se puede decir que sean más o menos fuertes, más o menos convincentes, más o menos eficaces

en el logro de la adhesión del auditorio. Para la profesora italiana L. Gianformaggio la nueva retórica puede distinguirse del formalismo en que los argumentos no son válidos o nulos, verdaderos o falsos, sino que son más o menos fuertes, más o menos convincentes o persuasivos<sup>9</sup>. Estos argumentos y no un sistema de axiomas, aceptado como válido, son el punto de partida, el instrumento del razonamiento retórico.

Perelman distingue dos tipos de argumentos o técnicas discursivas: los de asociación de ideas y los argumentos de disociación de ideas. argumentos casi-lógicos, los argumentos basados en la estructura de lo real y los argumentos que fundan la estructura de la realidad.

**Los argumentos de asociación de ideas** A este grupo pertenecen los argumentos casi-lógicos, los basados en la estructura de lo real y los argumentos que fundan la estructura de lo real:

**Los argumentos casi-lógicos** Estos argumentos tienen mucho en común con la estructura formal de la lógica y las matemáticas<sup>10</sup>, pero a diferencia de éstos últimos, utilizan un lenguaje común, comprensible para el auditorio al que va dirigido. Una de las consecuencias de la simbiosis entre lógica formal y lenguaje ordinario es la de evitar cualquier contradicción en la argumentación, de manera que el *argumento de (no) contradicción* es uno de los primeros que se deben insertar en este apartado. Las *definiciones* también son consideradas argumentos casi-lógicos en tanto que son abreviaciones del significado de una palabra. A diferencia de una definición matemática, el argumento que ahora me ocupa tiene una gran fuerza persuasiva, ya que el orador, al clarificar el significado de una palabra, escogerá sólo algunos los aspectos, aquellos que le proporcionen una mayor adhesión. Un tercer argumento que pertenece al grupo de los argumentos casi-lógicos es el *análisis* que identifica las partes de un concepto. La *regla de justicia* es un argumento casi-lógico según el cual iguales seres o situaciones deben ser tratados de manera semejante<sup>11</sup>. Otros argumentos que pertenecen a esta categoría son los argumentos de *reciprocidad* que justifican una relación bilateral simétrica, los argumentos *transitivos* que argumentan la reciprocidad de una relación<sup>12</sup>, los argumentos de *inclusión de la parte en el todo* y los de *división del todo en partes*, los argumentos de *comparación* y los de *probabilidad*. Todos ellos difieren de los instrumentos lógico formales, en que los

---

<sup>9</sup>Véase L. GIANFORMAGGIO, *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milán, 1973.

<sup>10</sup>Véase CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, pp. 19 y ss.

<sup>11</sup>Perelman concibe este argumento como un fundamento del precedente judicial.

<sup>12</sup>El ejemplo más universal es el de "los amigos de mis amigos son mis amigos".



argumentos casi-lógicos son instrumentos que pretenden la adhesión del auditorio y no la demostración de una evidencia.

**Los argumentos basados en la estructura de lo real** Estos están divididos a su vez en dos grupos: los que establecen *asociaciones de sucesiones* y los que establecen *asociaciones de coexistencia*<sup>13</sup>. Los primeros son los argumentos pragmáticos, basados en la relación de causalidad. Los segundos son los argumentos basados en la relación entre las personas y sus actos. A éste pertenece el argumento de autoridad basado en el prestigio del orador y en el reconocimiento de sus actos por el auditorio.

**Los argumentos que fundan la estructura de lo real** En este grupo ha incluido Perelman, entre otros, el argumento *ab exemplo*<sup>14</sup>. Consiste en la formulación de una regla mediante la generalización de un caso particular. El argumento *ab exemplo* es otro de los fundamentos del uso del precedente como técnica argumentativa. El argumento de *ilustración* esclarece una regla mediante un caso concreto. El argumento del *modelo* justifica una acción mostrando que es conforme con el modelo. El argumento de *analogía* inicia con una relación entre dos elementos a partir de la cual se presenta su estructura o se establece su valor relacionándola con otros dos elementos.

**Los argumentos de disociación de ideas** Con este grupo de argumentos Perelman cierra la exposición de las distintas técnicas discursivas. Perelman y Olbrechts-Tyteca se refieren a esta disociación en términos de parejas filosóficas, que siguen básicamente el modelo de la pareja filosófica apariencia/realidad. Es el caso de las parejas medio/fin, consecuencia /principio, acto/persona, relativo/absoluto, teoría/práctica, letra/espíritu<sup>15</sup>.

Este apartado dedicado a las distintas técnicas argumentativas de la nueva retórica, no podría concluir sin una breve mención a lo que Perelman y Olbrechts-Tyteca llaman la interacción de los argumentos<sup>16</sup> y que me permitirá abordar el aspecto formal del razonamiento. Los argumentos presentados por un orador no son verdaderos o falsos sino fuertes o débiles. Más aún, estos interaccionan con los argumentos presentados por otro orador o con los que espontáneamente les surja a la audiencia. Según Perelman no hay una respuesta satisfactoria a cómo interaccionan los argumentos de manera que no se

<sup>13</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, pp. 21-22.

<sup>14</sup>*Ibidem*, pp. 22-23.

<sup>15</sup>Cfr. CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, pp. 556 y ss.

<sup>16</sup>*Ibidem*, pp. 610 y ss.

puede saber cuantos argumentos son necesarios para alcanzar la adhesión de la audiencia, cuando un argumento es débil, o si la fuerza de los argumentos se determina formalmente o si por el contrario dependen del auditorio<sup>17</sup>.

La única respuesta general que ofrece la nueva retórica se refiere al propio tipo de razonamiento: el orador expone sus argumentos no como si fuera una cadena de inferencias lógicas sino como un discurso justificativo de la tesis que el defiende.

### El aspecto no formal del razonamiento de la nueva retórica

La nueva retórica propone un modelo de razonamiento justificativo o argumentativo que difiere radicalmente del razonamiento deductivo y demostrativo de la lógica formal. Este razonamiento justificativo o argumentativo sólo es posible si se acepta que su objeto no son axiomas verdaderos o falsos sino argumentos o técnicas discursivas más o menos fuertes que pretenden lograr la adhesión del auditorio al que van dirigidos.

En el ámbito de la nueva retórica cuyo objeto son las distintas técnicas discursivas, es fácil imaginar una situación de conflicto en la cual dos argumentos excluyentes entre sí son sostenidos simultáneamente por dos oradores distintos. Como ya he explicado en el apartado dedicado a los argumentos, esta situación es posible desde el momento en que los argumentos son más o menos fuertes y ambos plausibles<sup>18</sup>.

Es necesario por lo tanto, un modelo de razonamiento que se base en el presupuesto de que sea posible varias tesis o soluciones a un mismo conflicto y que decida cual de ellas es la mejor mediante un razonamiento deliberativo o evaluativo de su fuerza o peso, de la adhesión que provocan. De acuerdo con Perelman, éste es el razonamiento argumentativo o justificativo que no consiste en una cadena deductiva, en la que las distintas ideas están relacionadas mediante inferencias lógicas. La nueva retórica es un razonamiento no formal que consiste en un conjunto de argumentos combinados de tal manera que sea posible alcanzar el resultado deseado: la aceptación del auditorio<sup>19</sup>. Por lo tanto, este modelo de razonamiento justificativo pretende la deliberación acerca de la fuerza de los argumentos presentados y el acuerdo o aceptación del auditorio al que va dirigida la

---

<sup>17</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, p. 25.

<sup>18</sup>Una situación así es por definición impensable en el razonamiento teórico puesto que el conflicto entre dos axiomas es ficticio: uno de los axiomas es falso y el otro es verdadero. Demostrar qué axioma pertenece al sistema y cual no, es la eficacia de la lógica formal. Es el caso habitual de un proceso judicial en el que las dos partes se dirigen al juez sosteniendo argumentos y tesis excluyentes entre sí. La lógica deductiva es incapaz de resolver un conflicto en el que varias soluciones o tesis son posibles, porque este método de razonamiento sólo funciona mediante el binomio verdadero/falso.

<sup>19</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, p. 18.

argumentación<sup>20</sup>.

Hasta ahora he indicado el aspecto no formal de la nueva retórica vinculándolo al modelo de razonamiento justificativo. Un paso más adelante nos llevaría a apreciar este mismo carácter en el fundamento de la nueva retórica. Perelman resume la oposición razonamiento formal/no formal mediante los términos *racional y razonable*<sup>21</sup>. El primero está relacionado con el razonamiento formal o demostrativo, y el segundo con el razonamiento no formal o argumentativo. Ciertamente no es posible marcar una línea nítida que distinga lo racional de lo razonable.

**El aspecto no formal del criterio de corrección de la nueva retórica** El aspecto no formal de la nueva retórica define también el criterio de corrección del razonamiento, o si se quiere el criterio de control de la corrección del razonamiento.

A diferencia del razonamiento retórico cuyo ámbito es lo posible o lo plausible<sup>22</sup> y la justificación, el razonamiento formal se desarrolla a partir del binomio verdadero/falso y utiliza la lógica formal o la demostración como método. En un modelo así, es lo racional, entendiendo por tal lo lógico-deductivo o lógico-inductivo, el criterio de control de la corrección del razonamiento. Efectivamente, la lógica formal asegura la no contradicción de las premisas y la corrección de las inferencias. Lo racional supone así un criterio de control eminentemente formal.

De otro lado, el modelo de razonamiento retórico basado en lo posible y en la argumentación, un modelo que en definitiva rechaza el uso de la lógica formal, debe establecer otro criterio de control de la corrección a riesgo de ser calificado de un razonamiento arbitrario. Este criterio es *lo razonable* que muy acertadamente se puede calificar de no formal. Ésta es la clave para entender el control de la arbitrariedad en el razonamiento retórico: toda opción es posible, pero sólo la más *razonable* (la aceptada por el auditorio) es la solución a un conflicto práctico.

¿Cual es entonces el ámbito de lo razonable? Una primera aproximación nos indicaría al menos cual no es: el razonamiento formal dominado por la idea de evidencia. Es precisamente lo posible y lo plausible el ámbito de lo razonable. Es más, el fundamento de la nueva retórica tiene que ser el criterio de lo razonable en tanto que es el criterio que determina la aceptación o no de la argumentación presentada al auditorio. Lo razonable, lejos de demostrar la consistencia del sistema (que es lo que pretende la racionalidad teórica),

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>21</sup> *Ibidem*, Capítulo XI.

<sup>22</sup> Cfr. CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, citado, p. 134.

garantiza la coherencia con el contexto en el que la argumentación tiene lugar. Pero ésta es una explicación que pertenece a otro de los aspectos relevantes del pensamiento de Perelman y que denominaré el aspecto *contextual* de la nueva retórica.

### 2.1.2 El aspecto contextual de la nueva retórica

Para explicar este segundo aspecto de la teoría de la argumentación de Perelman debo, a riesgo de caer en una exposición circular, retomar por un momento lo ya dicho sobre el carácter no formal de la nueva retórica. El rechazo de la deducción como único modelo de razonamiento supone dejar, aparentemente, sin respuesta el problema acerca del control de su corrección. Si ir de una premisa mayor a otra menor no consiste en una inferencia lógica, sino en la justificación no formal de una tesis, la razón (la deducción) no controla la corrección del razonamiento. En este caso se puede concluir que el razonamiento retórico es arbitrario y por lo tanto irracional.

Perelman no tendría ningún problema al aceptar la crítica sobre la irracionalidad de la nueva retórica, aunque sí se opone al reproche de la arbitrariedad del razonamiento argumentativo<sup>23</sup>. En efecto, la nueva retórica es irracional porque no hay espacio para la idea de verdad o para la demostración. Pero no es arbitrario porque el razonamiento está sometido de hecho a un control no formal: la aceptación del *auditorio* al que va dirigida la justificación<sup>24</sup>.

Si el razonamiento argumentativo está siempre dirigido a un auditorio, más aún, si la eficacia de la argumentación depende de la adhesión de éste, se puede decir que el razonamiento retórico, a diferencia del razonamiento teórico, tiene un contexto: *el auditorio*. Éste es el denominado aspecto contextual de la teoría de la argumentación de Perelman. El factor sociológico más importante de la nueva retórica es la innegable dependencia de la argumentación al auditorio, tanto que el razonamiento retórico es una función de su auditorio<sup>25</sup>.

**El concepto ideal de auditorio** El auditorio es el:

---

<sup>23</sup>Véase CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, citado, p. 166.

<sup>24</sup>La nueva retórica tiene por objeto el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar la adhesión de las mentes a las tesis que se presentan para su aceptación (cfr. CH. PERELMAN, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 5).

<sup>25</sup>Cfr. CH. PERELMAN (1963), *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, traducido por J. Petrie, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1977, p. 155.

conjunto de todos aquellos a quienes el orador quiere influenciar con su argumentación<sup>26</sup>.

El auditorio está integrado por todos aquellos a los que vaya dirigida la justificación de una tesis para su evaluación y posterior aceptación. Perelman sostiene la tesis de que todo auditorio está determinado por el orador y que por tanto no es un concepto objetivo, sino todo lo contrario subjetivo porque es una construcción del orador<sup>27</sup>. El auditorio es una idea formada en la mente del orador, es una construcción más o menos sistemática de quien argumenta<sup>28</sup>.

Para construirla el orador utilizará como criterios las opiniones o convicciones dominantes, aspectos culturales<sup>29</sup> y elementos sociológicos referentes a la función institucional del auditorio, es decir, si es un juez, o la cámara de diputados de un parlamento, o si por ejemplo es un colegio de abogados<sup>30</sup>. Ninguno de los criterios anteriores tiene un carácter objetivo o absoluto sino todo lo contrario, dependen de la apreciación subjetiva del orador.

La variedad de criterios usados para la formación del auditorio explica la variedad de auditorios a los que puede ir dirigida la argumentación. Entre esta variedad, la distinción más relevante, desde el punto de vista filosófico, es entre *el auditorio universal y el auditorio particular*. Ambos son auditorios ideales en el sentido de que son tal y como se los imagina su orador, o tal y como éste los ha construido, a partir de las convicciones, los elementos culturales y la función institucional que desempeñe el orador y su auditorio. La distinción radica en que al formar la idea de auditorio universal, el orador parte de que todos sus miembros tienen conocimiento de todos los argumentos, los comprenden y se adhieren a la tesis. Quienes forman el auditorio universal son seres racionales entre los que se encuentra el propio orador. Ésta es, según Alexy, una idea normativa de auditorio: sólo es universal para quien lo reconozca como tal. Para quien no, será un auditorio

---

<sup>26</sup>CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 25.

<sup>27</sup>Véase CH. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, citado, p. 155.

<sup>28</sup>Véase CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 25.

<sup>29</sup>Perelman indica algunos criterios que permiten clasificar el auditorio: a) según su número, distingue entre auditorio individual, auditorio particular y auditorio universal; b) según criterios socio-políticos como el sexo, el temperamento, la edad o competencia; c) según las funciones que ejercen y concretamente del papel del orador.

<sup>30</sup>Cfr. CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 27.

particular<sup>31</sup>.

De la distinción entre auditorio universal y auditorio particular depende otra distinción: *persuadir y convencer*. Ambas son formas de manifestación de la adhesión del auditorio. En efecto, quien busca el acuerdo del auditorio universal pretende convencer; quien, sin embargo, pretende sólo el acuerdo del auditorio particular quiere persuadir. La diferencia no se refiere al grado de aceptación que el orador pueda alcanzar con uno u otro auditorio, sino al fin que pretende el orador al argumentar. Si este está más preocupado en el resultado, entonces persigue la persuasión, es decir, para el orador de un auditorio particular, persuadir es más relevante que convencer; si por el contrario, está más preocupado en el carácter racional de la adhesión, entonces convencer es más que persuadir<sup>32</sup>. Sin embargo, el propio Perelman indica que la distinción entre convencer y persuadir no es tan clara<sup>33</sup> porque existe una relación entre la eficacia de la argumentación y lo racional (razonable) de su contenido.

**La argumentación como función del auditorio** Ya sea el auditorio universal o ideal, lo cierto es que tiene un papel decisivo en el éxito del razonamiento retórico. El orador dirige y adapta su argumentación a un auditorio determinado: a aquel del que pretenda la adhesión o aceptación de sus tesis. El éxito o la eficacia de la argumentación depende de la impresión más o menos correcta que se haya formado el orador de su auditorio. Un error en la apreciación de su auditorio, en la formación del mismo, haría fracasar la argumentación porque no se conseguiría convencer o persuadir a ningún auditorio. Por eso se puede afirmar que la argumentación es una función del auditorio, para resaltar la dependencia con éste<sup>34</sup>.

Construido el auditorio en la mente del orador, éste es sólo una idea. El orador puede comenzar su argumentación y su idea podrá cambiar. El contexto social, político, cultural o incluso económico puede cambiar y con él la percepción del auditorio. El éxito del razonamiento depende de la capacidad de adaptar la argumentación a un auditorio que es cambiante<sup>35</sup>.

La dependencia de la argumentación al auditorio determina que la argumentación se inserte necesariamente en el contexto psico-social del que no pueden separarse las fuerzas

---

<sup>31</sup>Cfr. R. ALEX, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 162

<sup>32</sup>Véase CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, pp. 34 y ss.

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 38.

<sup>34</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Justice*, citado, p. 155.

<sup>35</sup>*Ibidem*, p. 139.

que la integran como la económicas, las institucionales o la ideológicas<sup>36</sup>. Argumentar, al contrario que demostrar, no excluye las condiciones sociales, sino que son éstas precisamente el contexto en el que la retórica tiene lugar<sup>37</sup>.

El aspecto contextual del razonamiento retórico es un criterio de evaluación de la argumentación: esta será mejor o más razonable dependiendo de la calidad del auditorio<sup>38</sup>.

Como he indicado al hablar del control de la argumentación, Perelman propone lo razonable como criterio de corrección: sólo una argumentación razonable es aceptada por un auditorio. Evidentemente lo razonable no es una cuestión de absolutos: su medida depende de la valoración del auditorio<sup>39</sup>.

A pesar de lo abstracto de tal control, se puede establecer algunos criterios normativos que determinen la calidad del auditorio. Por ejemplo, siguiendo a W. R. Fisher, una auditorio de calidad sabrá distinguir entre:

- Una sociedad monista de otra pluralista. La argumentación es sólo posible en el ámbito de las sociedades pluralistas en donde valores como la verdad o métodos como la demostración se han sustituido por lo plausible y la justificación. Una sociedad pluralista que respete y acepte la diversidad es el contexto idóneo para una teoría discursiva como la nueva retórica<sup>40</sup>.
- Lo justo de lo injusto. La justicia es el criterio motivacional de la nueva retórica. Se puede resumir en la regla de justicia formal "tratar igual situaciones o personas iguales". No es, sin embargo, un criterio estático, puesto que en conexión con el principio de inercia, favorece la dinamicidad de la argumentación<sup>41</sup>.
- La demostración de la argumentación. Lo razonable, de nuevo, es el criterio, el único posible, utilizado para la evaluación o valoración de los argumentos ofrecidos<sup>42</sup>. La argumentación, lejos de demostrar la veracidad del sistema de axiomas, pretende una mayor coherencia con el contexto social donde tiene lugar.

---

<sup>36</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Toulouse, 1979, p. 123.

<sup>37</sup>Véase CH. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, citado, p. 154.

<sup>38</sup>Véase CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 32.

<sup>39</sup>De ahí que el razonamiento dirigido a un auditorio universal sea el más correcto desde el punto de vista de lo razonable porque este auditorio está integrado por todos los seres racionales y con conocimiento.

<sup>40</sup>Cfr. W.R. FISHER "Judging the Quality of Audiences and Narrative Rationality", en *Practical Reasoning in Human Affairs. Studies in Honor of Ch. Perelman*, editado por J.L. Golden y J.J. Pilotta, Reidel, Dordrecht, 1986, p. 88.

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 89.

<sup>42</sup>*Ibidem*, p. 92.

Todos estos criterios no ofrecen sin embargo, una medida clara y objetiva de la calidad del auditorio y por lo tanto de lo razonable de la argumentación. Ello no debe entenderse como un punto débil de la teoría de la argumentación, sino que contrariamente permite hablar del razonamiento retórico como un razonamiento discursivo y práctico.

### 2.1.3 El aspecto discursivo y práctico de la nueva retórica

A este punto del análisis de la nueva retórica creo haber analizado la mayor parte de sus elementos: técnicas discursivas o argumentos, orador, auditorio, y un modelo de razonamiento justificativo. También he explicado los aspectos no formal y contextual del razonamiento retórico. Falta abordar el estudio de los dos últimos, me refiero al carácter discursivo y práctico de la nueva retórica, quizás los más importantes porque suponen un punto de partida para la posterior evolución de la teoría de la argumentación en el ámbito de la filosofía práctica.

El diálogo entre el orador y el auditorio... constituye una *discusión* donde los interlocutores buscan la mejor *solución* a un problema controvertido<sup>43</sup>.

**La discusión entre orador y auditorio** El diálogo entre el orador y su auditorio es interpretado por Perelman como una situación discursiva. Pero ¿qué significa que el razonamiento retórico tiene un carácter discursivo? La respuesta permite conectar muchos de los aspectos ya vistos sobre la nueva retórica.

En primer lugar, el carácter discursivo del razonamiento retórico, significa que éste parte de un presupuesto claro: una situación de controversia entre dos o más tesis o argumentos, de los que no se puede decir que uno sea verdadero mientras que el otro falso, sino uno más fuerte o más justo que otro.

En una controversia tal, el auditorio no puede determinar el valor de los argumentos (su fuerza o su justicia) sin una previa discusión al respecto. Por lo tanto, el carácter discursivo del razonamiento retórico significa, en segundo lugar, que la inicial situación de controversia sobre el valor de los argumentos se resuelve mediante su deliberación. El orador (u oradores) argumenta frente al auditorio con la finalidad de valorar la fuerza de sus razones.

Creo que el aspecto discursivo de la nueva retórica sea necesario desde el punto de vista teórico, o mejor dicho, dos elementos de la retórica exigían este carácter.

---

<sup>43</sup>CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 49. El énfasis es mío.



- La discusión sólo es posible si el objeto del razonamiento es, como en el caso de la nueva retórica, el valor de los argumentos aportados y lo razonable de la decisión<sup>44</sup>. Una vez más, las técnicas discursivas utilizadas en la justificación o argumentación del orador pueden ser más o menos justas, y por lo tanto su aceptación por el auditorio puede ser mayor o menor, es decir, también es una cuestión de grados. De esta manera se explica que la argumentación mejor valorada, la más razonable, sea la tesis que reciba mayor aceptación del auditorio, y por lo tanto sea la solución al conflicto. Evaluar o valorar la fuerza de los argumentos o lo razonable de la solución sólo es posible si el razonamiento tiene un marco *discursivo* (no demostrativo).
- El auditorio juega, por lo tanto, un rol determinante en el razonamiento retórico: la argumentación está orientada a conseguir su adhesión, y mediante su aceptación a una de las tesis en controversia (la más razonable) se decide, se alcanza una decisión. Este papel activo del auditorio en su diálogo con el orador, exige el aspecto discursivo del razonamiento, papel que es impensable en el razonamiento demostrativo o formal<sup>45</sup>. La discusión a propósito del valor de los argumentos no pretende ser un mero intercambio de argumentos. Todo lo contrario, un modelo de razonamiento discursivo persigue elaborar un juicio a propósito del valor de la tesis justificadas por quienes toman parte en el diálogo.

Del *necesario* carácter discursivo del razonamiento retórico, se sigue el aspecto práctico. El diálogo entre orador y auditorio sobre la valoración de los argumentos tiene siempre un punto de llegada: la aceptación o adhesión a una tesis, la más razonable. En definitiva, la estructura discursiva de diálogo entre el orador y el auditorio orienta la evaluación de la fuerza de los argumentos a una decisión respecto a cual sea el argumento con mayor valor.

**La recuperación del razonamiento práctico** La retórica aristotélica es una disciplina práctica que pretende la persuasión de la audiencia<sup>46</sup>. La argumentación no es un arte puramente ornamental sino un razonamiento relativo a la decisión, a la elección entre varias posibilidades y a la acción<sup>47</sup>.

La obra de Perelman supuso la rehabilitación de la filosofía práctica más que su descubrimiento<sup>48</sup>. Razonar, para la filosofía práctica, es una actividad dirigida a lograr una

<sup>44</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, citado, p. 109.

<sup>45</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The idea of Justice and the Problem of Argument*, citado, p. 140.

<sup>46</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, p. 5.

<sup>47</sup>*Ibidem*, p. 32.

<sup>48</sup>Esta rehabilitación junto a la revisión crítica del razonamiento teórico o cognoscitivo fueron las dos

decisión, la mejor posible y la justificada con los mejores argumentos. Elegir qué argumentos se van a sostener, qué tesis justificar y sobre todo cual de las posibles soluciones adoptar es, evidentemente, una actividad relacionada más con lo práctico que con lo teórico. El aspecto práctico está presente en todo el razonamiento retórico, desde su inicio con la elección de una tesis de partida sostenida por el orador, hasta su final con la aceptación de una de las tesis por el auditorio.

Razonar prácticamente, a diferencia del razonamiento teórico, es primero valorar los distintos argumentos y luego decidir cual de ellos es el más razonable. La razón, al igual que en el modelo cognoscitivo, sigue siendo el *fundamento* del razonamiento práctico. Entre un modelo de razonamiento y otro no cambia, por lo tanto, su fundamento sino el uso del mismo, es decir el concreto uso de la razón. Efectivamente, el paso de la razón teórica a la razón práctica se debe a que ya no se identifica ésta con la facultad de discernir entre lo verdadero y lo falso, sino a la capacidad de valorar la fuerza de los argumentos que se discuten. La justificación o la argumentación es el uso práctico de la razón<sup>49</sup>. La razón práctica son valores, es lo bueno, lo justo e incluso lo bello<sup>50</sup>, o simplemente *lo razonable*.

#### 2.1.4 La eficacia del razonamiento retórico: la adhesión del auditorio

La idea de la *adhesión* del auditorio cierra el análisis del razonamiento retórico. El uso de técnicas discursivas dirigidas a un auditorio pretenden obtener la adhesión de éste, su aceptación. La adhesión o no del auditorio determina la mayor o menor eficacia del razonamiento retórico<sup>51</sup>.

Conseguir la aceptación de aquellos a quienes esté dirigida la argumentación, es un objetivo que aparecía evidente al analizar los aspectos no formal, contextual, discursivo y práctico del razonamiento retórico.

- En primer lugar un modelo de razonamiento no formal no hace de la evidencia el criterio que determina la eficacia o el éxito del mismo. Éste será la aceptación por el auditorio.
- En segundo lugar, la adhesión a una de las tesis que se argumentan atribuye un

---

tesis que cohesionaron la denominada escuela de Bruselas en torno a Perelman.

<sup>49</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, p. 127.

<sup>50</sup>*Ibidem*, p. 126.

<sup>51</sup>*Ibidem*, p. 5.

papel esencial al auditorio en el razonamiento retórico: el aspecto contextual de la nueva retórica está determinado por el auditorio que debe manifestar su aceptación.

- Finalmente, el aspecto discursivo y práctico del razonamiento retórico también está determinado por la idea de adhesión del auditorio: el diálogo entre el orador y el auditorio tiene como finalidad la deliberación acerca del valor de los argumentos y la decisión acerca de la argumentación más razonable.

La adhesión del auditorio no está determinada por reglas o criterios de carácter formal. Todo lo contrario, el auditorio acepta o no una argumentación dependiendo de que ésta sea más o menos razonable, es decir, dependiendo de su valoración. Así que la razón práctica no equivale por lo tanto a verdad o a evidencia sino a equidad, oportunidad, utilidad y adaptación al contexto<sup>52</sup>.

## 2.2 Algunos comentarios críticos a la nueva retórica

### 2.2.1 El aspecto práctico de la nueva retórica

El gran acierto de la obra de Perelman ha sido la rehabilitación de la razón práctica<sup>53</sup>. Esta rehabilitación tiene, a mi entender, dos consecuencias fundamentales para el razonamiento retórico: su carácter *no cognoscitivo* y su *necesaria contextualidad*. A diferencia de un modelo de razonamiento teórico según el cual el agente racional *conoce* sobre la veracidad de los axiomas<sup>54</sup>, el razonamiento retórico de Perelman quiere *valorar* y *deliberar* sobre las proposiciones en cuestión. El modelo retórico está fundado en las ideas de posibilidad y de argumentación: una o más soluciones son posibles para una misma controversia. Argumentar cual de ellas es la mejor, la más aceptable o la más razonable es el contenido mismo de la razón práctica.

El aspecto no cognoscitivo o deliberativo de la razón práctica se complementa con la necesaria contextualidad del razonamiento retórico. La valoración y deliberación sobre las proposiciones iniciales, sobre las técnicas argumentativas, y como no, sobre la aceptación de una solución posible frente a otras, está determinada por el criterio de lo razonable.

<sup>52</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, citado, p. 116.

<sup>53</sup>Véase M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 86; también L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, citado, p. 59.

<sup>54</sup>El resultado de esta actividad cognoscitiva, que se ayuda de la lógica formal, es el enunciado de proposiciones descriptivas relativas a la veracidad de los enunciados.

Este criterio excluye del razonamiento categorías absolutas como la verdad o lo falso, y dirige la atención al contexto del razonamiento: aquellos criterios evaluativos (frente a las mencionadas categorías absolutas) que determinan qué es lo razonable.

Un modelo de razonamiento como el propuesto por Perelman que rechaza la lógica formal y que encuentra los criterios de evaluación y de decisión en el contexto del razonamiento podría ser tildado de arbitrario: la ausencia de instrumentos que controlan la corrección formal del razonamiento (la ausencia de deducción por ejemplo) lo hacen precipitar hacia la arbitrariedad. Sin embargo, Perelman insiste en que la contextualidad y la no formalidad del razonamiento nada tiene que ver con su arbitrariedad<sup>55</sup>.

### 2.2.2 El análisis de los argumentos: entre un análisis normativo y otro analítico.

Para probar precisamente que el razonamiento retórico no es un modelo de decisión arbitrario, Perelman dedica la mayor parte del *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* a las distintas técnicas discursivas. A pesar de la atención que le dedica, estoy de acuerdo con Alexy cuando indica que este estudio carece de una necesaria dimensión analítica más centrada en la estructura de los propios argumentos, especialmente en su estructura lógica<sup>56</sup>. La lógica es un instrumento idóneo para explicar la estructura de argumentos tales como la analogía, la regla de justicia formal y en definitiva todos aquellos argumentos que Perelman denomina casi-lógicos. Su ausencia en la nueva retórica se debe al rechazo de la lógica formal, de la evidencia y la deducción, al rechazo del razonamiento teórico. Si bien los límites de la lógica formal son evidentes (no justifican ni la elección de las premisas mayores ni el paso de una premisa a otra) estos no son suficientes para despreciar su uso, como hace Perelman, en el razonamiento práctico.

Una crítica similar se pudo dirigir al aspecto deliberativo de la retórica de Perelman: falta un estudio analítico sobre su estructura. Es decir, falta un análisis de cómo evaluar los distintos argumentos, de cómo hay que deliberar y de cómo se puede determinar la solución más razonable. La relevancia que Perelman atribuye a la argumentación y a la deliberación, no corre paralela al análisis de su estructura y de las reglas que lo regulan. La razón de esta omisión es la misma que explicaba la ausencia de un estudio analítico de los argumentos: la nueva retórica privilegia el estudio normativo del razonamiento, algo que la escuela de Bruselas entiende incompatible con la lógica formal.

---

<sup>55</sup>Esta idea ya fue brevemente mencionada en el apartado 2.1.1.

<sup>56</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 167.

### 2.2.3 La vaguedad del aspecto discursivo de la nueva retórica.

Perelman calificó la relación de diálogo entre el orador y su auditorio como una relación discursiva. El orador utiliza distintas técnicas discursivas o argumentos para conseguir la adhesión de su auditorio. Ahora bien, ¿qué auditorio? La distinción entre un auditorio universal (el integrado por todos los seres racionales) y un auditorio particular (integrado por un grupo determinado) explica la ya mencionada distinción entre convencer y persuadir respectivamente. Convencer es una situación de diálogo en el que se pretende la corrección del razonamiento en términos de lo razonable; persuadir, sin embargo, es una actividad orientada a la eficacia del razonamiento. Sólo en el primer supuesto, sólo cuando el diálogo se produzca entre un orador y un auditorio universal, estaremos ante una situación discursiva, porque sólo en este caso el diálogo, el discurso o la argumentación tiene una pretensión de corrección: la racionalidad de los argumentos<sup>57</sup>.

La necesaria pretensión de corrección de una situación discursiva obliga por tanto a negar tal carácter a la argumentación dirigida a un auditorio particular, y defenderlo sólo para el caso de que la argumentación se dirija a un auditorio universal<sup>58</sup>.

## 2.3 De la nueva retórica al razonamiento jurídico

En las primeras obras de Perelman, y especialmente la escrita en colaboración de la autora griega Olbrechts-Tyteca, existen algunas referencias aisladas al razonamiento jurídico. Estas, sin embargo, no apuntan hacia una distinción clara entre el razonamiento práctico (en general o razonamiento filosófico según la terminología de Perelman) y el razonamiento jurídico. Más aún, el razonamiento de los jueces es utilizado en numerosas ocasiones para ejemplificar el razonamiento práctico.

Paulatinamente estas referencias aisladas al razonamiento jurídico van tomando cierta sistematicidad, fruto de una evolución teórica. Efectivamente, entre *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* y las últimas obras de Perelman dedicadas al razonamiento jurídico<sup>59</sup> se puede observar cómo la inicial identidad entre el razonamiento filosófico y el razonamiento jurídico se va diluyendo. Las diferencias entre uno y otro no se limitan a

---

<sup>57</sup>Entiendo, por lo tanto, que un razonamiento dirigido a un auditorio universal supone una situación ideal de deliberación, esto es, una deliberación que pretende la racionalidad de la argumentación; por otro lado, el razonamiento dirigido al auditorio particular supone una situación real de deliberación: se pretende no tanto la racionalidad de la argumentación como la eficacia de la misma.

<sup>58</sup>Esta consideración obliga a refutar, en principio, la corrección de un razonamiento que como el jurídico parece estar dirigido a un auditorio particular.

<sup>59</sup>Me refiero por ejemplo a los artículos compilados en el libro *Justice, Law and Argument*, y al libro

ciertas especialidades formales, sino que como analizaré a continuación, afectan al carácter discursivo o retórico del propio razonamiento jurídico<sup>60</sup>. Iré por partes.

### 2.3.1 Trasladando la nueva retórica a lo jurídico

En la obra de Perelman el razonamiento jurídico se ha identificado con el razonamiento judicial. Éste tiene por objeto las técnicas discursivas o argumentos utilizados por el orador con la finalidad de conseguir la adhesión del auditorio al que se somete una tesis a su aceptación. Argumentos, orador y auditorio son pues elementos comunes al razonamiento práctico en general y al razonamiento jurídico. Un análisis posterior indicará dónde radican las diferencias.

El orador del razonamiento jurídico —el juez fundamentalmente— al igual que el orador del razonamiento filosófico, utiliza la argumentación, las técnicas discursivas, para persuadir a su auditorio de que la decisión que adopta es la más adecuada entre todas las posibles. Las razones que el orador puede sostener en su argumentación pueden ser no sólo estrictamente jurídicas (si es que esto tiene sentido) sino también “morales, políticas, sociales, económicas o religiosas de acuerdo con el campo en el que la decisión tenga lugar”<sup>61</sup>. El razonamiento jurídico comparte, pues, con el práctico o filosófico el carácter deliberativo<sup>62</sup> y la posibilidad de recurrir a criterios o elementos morales cuando la argumentación más razonable así lo requiera<sup>63</sup>.

Ahora bien, a pesar de esta identidad en los argumentos, existen diferencias entre el razonamiento práctico y el jurídico que incumben a la estructura misma de la deliberación. En primer lugar, la deliberación jurídica gira en torno a un tipo de controversias particulares: la *interpretación* de las normas jurídicas, que a niveles elementales se podría resumir como la controversia planteada entre una interpretación en conformidad con la letra de la ley o con el espíritu de ésta<sup>64</sup>. Nada impide que la controversia sea también

---

*Logique juridique. Nouvelle rhétorique* citados anteriormente.

<sup>60</sup>Esta idea ha sido brevemente apuntada al hablar de la distinción entre un discurso dirigido al auditorio universal y otro dirigido a persuadir el auditorio particular.

<sup>61</sup>CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, citado, p. 129.

<sup>62</sup>Este carácter deliberativo se conserva aún a pesar de las normas jurídicas. Según Prieto Sanchís, en la nueva retórica las normas son la cristalización de “cómo deben ser tratados determinados problemas o conflictos” (L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, citado, p. 61).

<sup>63</sup>Aquí también sostiene Perelman su rechazo al valor de la lógica formal: la fuerza de los argumentos, no su veracidad, determinará la solución (más razonable) a la controversia jurídica.

<sup>64</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, citado, p. 152. Seguramente, para mi auditorio no es difícil imaginar un conflicto entre una interpretación literal y otra referida al espíritu de la ley. Sin embargo la curiosidad y simpatía del siguiente ejemplo merece su mención. En el sistema tributario

entre dos o mas interpretaciones literales, o incluso dos o más interpretaciones sobre el espíritu de la ley. Todas ellas son posibles en un modelo de razonamiento que rechaza absolutamente la evidencia y la veracidad de los postulados. Para resolver las controversias jurídicas Perelman no abandona el modelo de razonamiento discursivo y práctico, basado en la evaluación de distintos argumentos y la decisión de la solución más razonable. En el modelo de razonamiento jurídico propuesto por Perelman, el agente racional *decide sobre el derecho* en oposición a un modelo de razonamiento teórico en el que el juez *conoce el derecho*.

En segundo lugar, el razonamiento jurídico se distingue del filosófico en sus protagonistas: el razonamiento jurídico, y en concreto el judicial, tiene por objeto una controversia jurídica que será resuelta por una persona con *autoridad* para ello<sup>65</sup>. Por eso, el orador y el auditorio son, en un primer momento, las *partes en conflicto* y el juez respectivamente; posteriormente, en el momento de decidir la controversia, se invierten las funciones, de manera que el juez será el orador y las partes su auditorio<sup>66</sup>. En todo caso, lo destacable es que en el razonamiento jurídico, a diferencia del razonamiento filosófico, el orador es una persona *con autoridad para decidir*. Así, mediante la figura del juez —este orador con autoridad— se introduce la idea de autoridad del razonamiento, introducción que supondrá, como más adelante desarrollaré, la distorsión de mismo razonamiento retórico: la idea de conseguir la adhesión del auditorio mediante la argumentación más razonable no puede sino debilitarse cuando el orador tiene autoridad para decidir e imponer su decisión. La autoridad del juez, finalmente, obliga a hablar de un particular razonamiento práctico: el razonamiento jurídico.

---

español los productos de floricultura estaban gravados con un impuesto sobre el valor añadido (iva) del 12% a diferencia del 6% con el que estaban gravados los productos alimenticios de primera necesidad. El problema de interpretación se planteó a propósito de a qué categoría pertenecían las alcachofas, ya que si bien son un producto alimenticio, éstas no son un tipo de verdura sino de flores. Si se interpretaba literalmente la ley, las alcachofas vendría gravadas con un tipo del 12%, si se entendía que eran un producto de primera necesidad se gravarían con un tipo inferior. El Tribunal de Cuentas español interpretó según el espíritu de la ley y ejemplificó lo absurdo de una interpretación literal: a nadie se le ocurre regalar un ramo de alcachofas.

<sup>65</sup>Esta puede ser el juez en los casos de solución jurisdiccional de conflictos o un árbitro para los casos en que las partes se comprometan mediante contrato privado a someter el conflicto a un tercero y a aceptar su decisión.

<sup>66</sup>Tal consideración no es del todo precisa, al menos por lo que se refiere al auditorio del juez, ya que junto a las partes del conflicto jurídico, el juez puede considerar como su auditorio a otros jueces, especialmente a los jueces superiores, o incluso a toda la comunidad jurídica.

### 2.3.2 Algunas valoraciones críticas de la distinción entre el razonamiento filosófico y el razonamiento jurídico

La evolución de la teoría del razonamiento jurídico en el pensamiento de Perelman está determinado precisamente por la paulatina distinción entre el razonamiento práctico en general (o filosófico) y razonamiento jurídico. En este sentido, Perelman declara que "el razonamiento jurídico es un elaborado caso individual de razonamiento práctico"<sup>67</sup> refiriéndose especialmente al hecho de que en el razonamiento jurídico, el juez (o el árbitro) sea la única persona que resuelve el conflicto jurídico, que decide sobre la interpretación de la ley.

Ciertamente lo específico del razonamiento jurídico es que la decisión sólo pueda ser alcanzada por una *persona con autoridad* para ello: el juez o el árbitro. Este criterio, a mi entender, es más un síntoma que la causa de la diferencia entre razonamiento jurídico y razonamiento filosófico.

Lo específico del razonamiento jurídico es que en él tiene lugar una tensión permanente entre un modelo de razonamiento no formal o retórico y el valor de la *seguridad jurídica*, o dicho de otra manera, la *necesidad* de llegar a una decisión que ponga fin al razonamiento jurídico.

En el razonamiento filosófico existe un diálogo entre el orador y su auditorio, un intercambio de argumentos que puede extenderse sin límite de tiempo o de sujetos. En el razonamiento jurídico sin embargo, la argumentación tiene un límite motivacional y temporal: la decisión que ponga fin a la controversia jurídica. Las partes que deciden someter la solución de un determinado conflicto jurídico a la decisión de un juez o de un árbitro, no pretenden un intercambio de argumentos sin límite, sino que desean una solución a su controversia lo más rápida y eficazmente posible.

Por lo tanto, la seguridad jurídica, o la necesidad de decidir, es un valor esencial para distinguir el razonamiento jurídico de cualquier otra forma de razonamiento práctico<sup>68</sup>: mientras que el razonamiento filosófico privilegia el diálogo entre orador y auditorio, el razonamiento jurídico privilegia más el hecho de decidir.

La seguridad jurídica, en fin, exige por lo tanto que la retórica jurídica no sea un diálogo ilimitado entre el orador y su auditorio. Más aún, la seguridad jurídica persigue la eficacia del razonamiento jurídico garantizando una solución al conflicto. Por eso se establecen normas procesales que regulan el diálogo entre las partes y el juez, y establecen

---

<sup>67</sup>CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, citado, p. 129.

<sup>68</sup>*Ibidem*, p. 135.



límites temporales para la solución del conflicto<sup>69</sup>. También en retórica jurídica se limita la participación de las partes que sólo serán las que estén directamente involucradas en los conflictos jurídicos.

Pero quizás el límite más destacable que, en aras de la seguridad jurídica, se impone a la retórica jurídica es el relativo a su orador. Para la solución de un conflicto jurídico, relativo a la interpretación del derecho, se recurre a la *autoridad del juez*<sup>70</sup>.

La autoridad del juez para resolver el conflicto distorsiona la estructura retórica del razonamiento jurídico por dos razones. La primera se refiere a la introducción de un elemento de autoridad que se rechaza absolutamente en el marco del razonamiento filosófico<sup>71</sup>. La segunda razón se refiere al auditorio al que va dirigido el razonamiento jurídico.

**La autoridad del juez** En el razonamiento filosófico, todas las partes de la discusión son iguales, a ninguna se le atribuye *ex ante* una cierta autoridad. La relación de simetría entre el orador y el auditorio garantiza que el criterio de aceptación de una solución o de una proposición sea el valor de *lo razonable*. En el razonamiento jurídico, sin embargo, una de las partes, el juez o el árbitro, está "privilegiada" porque *ex ante* se le ha atribuido autoridad para resolver el conflicto: sólo los jueces (oradores con autoridad) pueden proveer la solución a una controversia jurídica.

Este reconocimiento de autoridad a los jueces modificará el criterio de aceptación de las decisiones. Es decir, si bien los jueces, al igual que el orador del razonamiento retórico, pretende la adhesión de su auditorio, cabe preguntarse si sus decisiones judiciales son aceptadas por racionales o bien porque el juez puede imponerlas coactivamente, porque son obligatorias. La ruptura de la relación simétrica o de igualdad entre el orador y el auditorio por la autoridad, elemento ajeno al razonamiento retórico, modifica, por un lado, la estructura de la deliberación que debe finalizar con una decisión —obligatoria; y por otro lado, modifica también la razón última por la que las decisiones judiciales son aceptadas: junto a lo razonable, el valor de la seguridad jurídica.

**El auditorio del juez. De un auditorio universal a otro particular** El valor de seguridad jurídica altera también la concepción del auditorio al que va dirigido el razonamiento. En *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* Perelman no establece

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 158.

con claridad si el auditorio de la argumentación del juez es universal o particular, es decir, un auditorio ideal construido por el propio juez, o un auditorio identificado o limitado. Sin embargo, el hecho de que en esta obra se identifique el razonamiento jurídico al razonamiento filosófico induce a pensar que el auditorio del juez debe ser universal. En este caso, recordaré que el discurso es también un discurso ideal más preocupado de la corrección del razonamiento, de la razonabilidad de su argumentación, que de la eficacia de la misma.

La paulatina distinción del razonamiento jurídico respecto del razonamiento práctico en general (distinción que marca la evolución de la teoría de Perelman) corre paralela a la concreta identificación del auditorio del juez. Éste pasa de ser universal —el del razonamiento filosófico— a particular: las partes, los jueces o tribunales superiores y el público cualificado<sup>72</sup>. El carácter del discurso cambia también: un discurso particular está más orientado a la seguridad jurídica (a la eficacia de la argumentación) y menos a la corrección de su razonamiento<sup>73</sup>. La argumentación está dirigida a un público determinado y pretende un fin concreto.

El valor de la seguridad jurídica en el razonamiento jurídico tiene, como acabo de indicar, dos manifestaciones esenciales: la autoridad del juez y el auditorio particular. Cada una de ellas altera algún aspecto del razonamiento jurídico. La autoridad del juez altera el criterio de aceptación de las decisiones y el auditorio particular altera la pretensión misma del razonamiento: su propia eficacia.

Tanto la autoridad del juez como su auditorio particular inciden en un único aspecto del razonamiento práctico, que es precisamente lo que distingue el razonamiento jurídico del práctico en general: en el razonamiento jurídico hay una relación inversamente proporcional entre el valor de la seguridad jurídica y el carácter discursivo del razonamiento jurídico. O dicho de otra manera, el hecho de que en el razonamiento jurídico haya una constante tensión entre la razón práctica y el valor de la seguridad jurídica, determina que este razonamiento sea menos discursivo, o incluso menos retórico. Con ello quiero destacar que el criterio de corrección del discurso jurídico, al menos tal y como lo describe Perelman, no sea exclusivamente aquel de su razonabilidad. La seguridad jurídica juega un papel esencial, tanto que reduce el ámbito retórico del razonamiento jurídico.

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 131 y 151.

<sup>73</sup> Véase lo dicho para la distinción entre convencer y persuadir en el apartado 2.1.2.

## 2.4 La autoridad en la lógica jurídica

En el apartado anterior he indicado que la introducción de la autoridad, justificada en el valor de la seguridad jurídica, permite distinguir el razonamiento retórico del razonamiento jurídico. El propósito de las siguientes páginas es profundizar en el análisis de este elemento de autoridad del razonamiento jurídico, analizar hasta qué punto la nueva retórica concibe la autoridad como elemento del razonamiento práctico y cual es su papel concreto en el razonamiento jurídico (o lógica jurídica en palabras de Perelman).

### 2.4.1 La paradoja de la autoridad en la nueva retórica

La vaguedad y dispersión del tratamiento de la autoridad en la obra de Perelman explica que el comienzo se pueda calificar, al menos, de paradójico: el ámbito de la autoridad es lo razonable, es decir, la razón práctica, aunque el razonamiento retórico no atribuye a la autoridad un valor significativo. Esta paradoja creo que se deba al hecho de que Perelman haya analizado por separado el problema de la autoridad y el modelo de razonamiento filosófico. De un lado, la tesis principal que Perelman sostiene respecto al primer problema, el de la autoridad, es la tesis de su legitimidad. Perelman se refiere siempre a la autoridad legítima como aquella que ha sido justificada y aceptada mediante un razonamiento retórico. De otro lado, respecto al razonamiento filosófico, la tesis fundamental que Perelman defiende es la relativa al carácter ideal del mismo, a la igualdad entre orador/auditorio y por lo tanto la exclusión de la autoridad como elemento del discurso.

**La autoridad legítima** Que el ámbito de la autoridad sea lo razonable significa que el razonamiento práctico se refiere siempre a la autoridad legítima, a la autoridad justificada y aceptada o si se quiere a una autoridad evaluada por la razón práctica. A diferencia de un modelo de razonamiento formal en el que cualquier valoración de las premisas queda excluida por la idea de la evidencia y la demostración, en el razonamiento retórico, sin embargo, toda premisa o argumento, toda tesis, será objeto de un juicio de valor, de una deliberación a propósito de la fuerza del mismo. A esta deliberación, que usa una forma discursiva, no escapa la autoridad: también se argumentará en favor de lo adecuada o lo razonable que ésta sea. Si el valor que tiene la autoridad viene aceptado por el auditorio, entonces se podrá hablar de *autoridad legítima*<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup>En la idea de aceptación de la autoridad radica la diferencia entre poder y autoridad legítima. La primera queda ajena a cualquier tipo de razonamiento práctico, es la imposición por la fuerza. La segunda,

Según Perelman, hablar de autoridad en el razonamiento práctico es hablar siempre de autoridad legítima: de autoridad aceptada por el auditorio. Pero ¿cómo argumentar lo razonable de la autoridad? ¿Qué criterio utiliza el razonamiento práctico para evaluarla? ¿Cuándo se puede decir que la autoridad es aceptable o razonable? Para Perelman los argumentos que justifican la autoridad se encuentra en la "tradición, la religión y las más variadas ideologías y filosofías políticas"<sup>75</sup>. Desgraciadamente la vaguedad con la que Perelman se refiere al concepto de ideología impide un análisis más profundo sobre la autoridad legítima. Sin embargo, si por ideología se entiende un conjunto de valores aceptados por la comunidad, serán estos valores los que justifiquen la autoridad. Si tomamos el ejemplo de la autoridad atribuida a los jueces en el razonamiento jurídico, se puede decir que esta autoridad para solucionar las controversias jurídicas está justificada en un valor dominante: la seguridad jurídica. En un caso distinto de autoridad, la atribuida al parlamento para legislar, se puede considerar que el valor que la justifica es el del orden de la comunidad.

**La exclusión de la autoridad del razonamiento retórico** La segunda tesis propuesta en relación a la autoridad (legítima según la primera tesis) dice que el razonamiento práctico (ideal o filosófico) no atribuye valor alguno, no reconoce ninguna función a la autoridad. La explicación de ello se encuentra en el carácter ideal del razonamiento retórico, al menos cuando éste tenga un auditorio ideal o universal. El auditorio universal está integrado por todos los sujetos racionales entre los que se encuentra el propio orador. El orador es también parte del auditorio al que se dirige y en esta situación de igualdad, la autoridad de una de las partes, incluso cuando está legitimada, carece absolutamente de valor discursivo.

#### 2.4.2 El papel de la autoridad en el razonamiento jurídico

Pero si la autoridad no tiene cabida en el razonamiento práctico (ideal) ¿para qué elaborar la idea de la autoridad legítima desde el fundamento de la retórica, es decir desde lo razonable? A diferencia de lo que ocurre en otros modelos de razonamiento prácticos (y en concreto me refiero al elaborado por J. Raz) en la nueva retórica la idea de autoridad queda fuera de lo que podría denominarse el modelo general o ideal de razonamiento, pero resulta absolutamente imprescindible para explicar otros modelos de razonamiento

---

la autoridad legítima sólo existe en relación a la razón (práctica) que deliberó sobre su valor y la aceptó como razonable.

<sup>75</sup>CH. PERELMAN, *Justice, Law and Argument*, citado, p. 121.

particulares que como el jurídico hacen de la autoridad legítima atribuida a los jueces, o a las normas jurídicas,

su criterio de distinción.

Efectivamente, es en el ámbito del razonamiento jurídico, donde la autoridad legítima, justificada mediante el principio de seguridad jurídica, tiene un valor y una función determinada. Ahora bien, conviene, antes de abordar esta función, hacer dos ulteriores matizaciones.

- En el razonamiento jurídico la autoridad legítima se refiere a la atribuida a los jueces o similares para la solución de conflictos jurídicos, y a la del legislador para la elaboración de normas.
- La autoridad legítima de los jueces o del legislador no es sin embargo absoluta sino una cuestión de grados. Es decir que la autoridad del juez manifestada a través de sus decisiones, o del legislador manifestada en la elaboración de normas jurídicas, puede ser más o menos respetada u obedecida según lo razonable de la misma.

En definitiva, el razonamiento retórico elabora la idea de *autoridad legítima*, que aunque no se le reconozca función o valor alguno en el ámbito del razonamiento filosófico, resulta imprescindible para explicar el modelo de razonamiento jurídico. La autoridad legítima se atribuye a jueces para garantizar que siempre haya una persona que ponga fin a la discusión orador-auditorio y resuelva la controversia jurídica.

La autoridad del juez supera, además, los límites personales y se extiende también a los actos: las decisiones judiciales contienen un elemento de autoridad de las que carecen absolutamente las decisiones morales (por ejemplo).

Así, la autoridad del juez se extiende a sus actos: a las decisiones judiciales que ponen fin a una controversia jurídica. Sobre estas decisiones es posible desarrollar un razonamiento deliberativo a propósito del reconocimiento de su autoridad, es decir, de su autoridad legítima. Hay que destacar además que este valor autoritativo que el auditorio reconoce a las decisiones judiciales es una cuestión de grados: el razonamiento jurídico viene a evaluar así la mayor o menor fuerza de las decisiones que se puedan utilizar en la argumentación jurídica. Esta idea es esencial para entender la función de los precedentes judiciales, ya que su valor o fuerza autoritativa estará determinada por la evaluación que de la misma haga el auditorio.

**El argumento de autoridad y el precedente judicial** Se vuelve así al inicio de esta investigación: existe una conexión entre la autoridad y los precedentes judiciales.

Tal relación está determinada por el concreto modelo de razonamiento jurídico adoptado. Según el modelo de razonamiento retórico propuesto por Perelman, la autoridad es objeto, al igual que otros elementos argumentativos, de deliberación y evaluación. El hecho de que la autoridad del juez y por lo tanto de sus precedentes pueda ser evaluada ofrece una pista acerca de la función de la autoridad legítima en el razonamiento jurídico: su uso como *técnica discursiva o argumento*. Efectivamente la autoridad es concebida por Perelman como un argumento más entre todos los que el orador puede usar para conseguir la adhesión de su auditorio, concretamente un argumento basado en lo real que establece una asociación de coexistencia: la de la autoridad de la persona y la autoridad de su acto.

El contenido elemental del denominado *argumento de autoridad* en el razonamiento jurídico es el siguiente: quien argumenta o justifica una tesis usando el argumento de autoridad —una decisión judicial— pretende conseguir la adhesión de su auditorio alegando la autoridad atribuida a su autor —el juez.

El *fundamento* del argumento de autoridad es la relación (la asociación de coexistencia en palabras de Perelman) entre una persona y su acto. La idea es que cuando en el razonamiento retórico se está discutiendo el valor de un acto (una ley o un precedente) el valor atribuido se dirige también a la persona que lo emitió, de manera que no es posible evaluar independientemente los actos y la persona. De la misma manera, el valor de una persona no es independiente del valor que se haya reconocido a sus actos. Criterios como la responsabilidad, el mérito o la culpa<sup>76</sup> sirven a un auditorio para evaluar a una persona usando una evidente conexión con el valor de sus actos.

El *precedente* judicial, finalmente, es el argumento de autoridad por excelencia en el ámbito del razonamiento jurídico. Su fundamento es también la relación persona/acto o si se quiere juez/decisión. El valor de este argumento, el valor del precedente en el razonamiento jurídico, su fuerza más o menos persuasiva, dependerá directamente del valor del juez, de su autoridad. De esta manera la autoridad del juez sirve para fundamentar una técnica discursiva más, que permite el uso argumentativo de las decisiones judiciales<sup>77</sup>.

A pesar de lo acertado de reconducir la autoridad a un uso argumentativo, y de fundamentar éste en la relación de coexistencia persona/acto, el argumento de autoridad deja sin resolver algunos interrogantes, concretamente los relativos a la valoración de la persona. Por ejemplo, en el caso de los precedentes judiciales es muy difícil determinar su valor o fuerza persuasiva a través de la autoridad de su autor porque todos los jueces

---

<sup>76</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, citado, p. 173.

<sup>77</sup>Este reciclaje argumentativo del precedente es la aportación más valiosa realizada por la nueva retórica como posteriormente tendré oportunidad de desarrollar.

tienen atribuida la misma autoridad legítima para resolver una controversia jurídica. Si la autoridad del juez, entendida como el poder para decidir sobre un conflicto jurídico, fuera el único criterio para evaluar la fuerza persuasiva del precedente, descubriríamos que todos los precedentes, todos los argumentos de autoridad en el razonamiento jurídico, tienen el mismo valor. De esta manera a ningún orador le interesaría usar el argumento de autoridad como el precedente porque con ello no incrementaría la adhesión de su argumentación.

Todo lo anterior induce a pensar que el criterio para determinar el valor de un precedente no reside exclusivamente en la autoridad del juez, o bien que la autoridad atribuida al juez se debe entender, en este caso, de manera más amplia. Creo que para solucionar el problema de la evaluación del argumento de autoridad sean necesarias ciertas matizaciones a la idea de autoridad legítima.

- Es cierto que todos los jueces tiene autoridad para solucionar una controversia jurídica. Sin embargo, hay que matizar que la autoridad atribuida a los jueces y tribunales tiene una medida concreta: *la competencia*. La competencia de un juez es la medida concreta de poder o autoridad atribuida para el desarrollo de sus funciones judiciales. La atribución de competencia depende de ciertos elementos. El más tradicional es el jerárquico, al que hay que sumarle el material (civil, penal, administrativo etc.) y en algunos países, aquellos con cortes constitucionales, la competencia en materia constitucional queda atribuida exclusivamente a un órgano judicial. La competencia es el instrumento adecuado para valorar la fuerza de los precedentes, sirve, si se quiere, a la graduación de la autoridad<sup>78</sup>.
- Sin embargo la anterior interpretación de la autoridad en términos de competencia necesita de una segunda matización. Creo que el criterio para valorar la relación persona/acto no es tanto la autoridad atribuida cuanto la autoridad *reconocida* por el auditorio. Como ya he indicado, el ámbito de la autoridad es lo razonable<sup>79</sup>. Lo que significa, de un lado, que sólo se puede hablar de autoridad cuando ésta esté legitimada o justificada racionalmente, y de otro, que el ejercicio de tal autoridad será sometida a una evaluación posterior sobre lo razonable o apropiada de la misma. El auditorio es el que tiene la última palabra acerca del valor de la persona, porque de la aceptación o no de su autoridad depende el valor del argumento de autoridad.

---

<sup>78</sup>Por ejemplo, en una controversia jurídica suscitada en el ámbito civil, un precedente de la sala de lo civil de un tribunal será más persuasivo que otro emitido por la sala de lo penal. Un precedente de un órgano superior será más persuasivo que otro de un juez de primera instancia.

<sup>79</sup>Me remito a lo dicho en 2.4.1.

La aceptación de la autoridad un precedente o lo que es lo mismo de la autoridad de un juez es una cuestión de respeto<sup>80</sup>.

Creo que al introducir la idea de competencia y de reconocimiento de la autoridad o respeto, se puede entender mejor el fundamento del argumento de autoridad, y los criterios que sirven para evaluar su fuerza en el razonamiento jurídico.

En conclusión, si se habla de la autoridad en el razonamiento práctico, ésta debe someterse a las exigencias de deliberación y evaluación; si se habla del aspecto autoritativo de los precedentes, éste debe entenderse como un aspecto argumentativo y por lo tanto evaluable: competencia y respeto son dos criterios que ayudan a tal evaluación.

---

<sup>80</sup>Perelman sostiene que en la tradición judeo-cristiana la autoridad esté relacionada con el respeto (cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, p. 140).



# Capítulo 3

## A modo de síntesis

### 3.1 Una primera aproximación teórica

Este último capítulo dedicado al papel de la autoridad en el razonamiento jurídico y al aspecto autoritativo del precedente quiere, por un lado, ser una síntesis de lo dicho hasta ahora sobre dos modelos de razonamiento práctico diferentes: el ejecutivo de J. Raz y el argumentativo de Ch. Perelman. Por otro lado, también quiere señalar que línea de investigación permitirá el análisis adecuado y comprensivo del fundamento y uso de los precedentes judiciales.

Ambos propósitos me servirán para justificar dos tesis, una relativa al razonamiento jurídico y a la función de la autoridad, y otra relativa al aspecto autoritativo del precedente y a su uso en sistemas de derecho civil. Éstas podrían resumirse de la siguiente forma:

1. *El razonamiento jurídico es un razonamiento práctico deliberativo en el que la autoridad no tiene una función normativa o excluyente.*
2. *El aspecto autoritativo del precedente judicial tiene un carácter argumentativo. Tal aspecto no debe confundirse con el fundamento de su uso.*

En primer lugar analizaré cual es, a mi entender, la incompatibilidad entre el concepto de autoridad en el razonamiento práctico de Raz y el contenido del razonamiento jurídico realizado por un concreto agente racional: el juez. En segundo lugar sostendré que los precedentes tienen un aspecto autoritativo y analizaré en qué consiste tal aspecto. El elemento de cohesión será siempre entender que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico de carácter deliberativo y argumentativo, es decir, más cercano al modelo elaborado por Perelman que al de Raz.

## 3.2 Alejándonos de Raz

Cuando Raz afronta el problema de la autoridad en el razonamiento práctico y en el razonamiento jurídico en particular, quiere dar una respuesta a problemas teóricos tales como la paradoja de la autoridad o la irracionalidad la autoridad. No puedo compartir las conclusiones que alcanza: un modelo de razonamiento determinado (si no dominado) por la función excluyente de la autoridad. Quiero, por lo tanto, exponer a continuación las razones de mi desacuerdo con Raz, en relación al concepto de autoridad y a la función que se le reserva en el razonamiento práctico.

### 3.2.1 El concepto normativo de autoridad

Para Raz, quien pretende autoridad legítima, sostiene que sus directivas (reglas) sean consideradas como razones excluyentes; y acepta la autoridad legítima quien actúa guiado por tales razones y excluye su propio juicio<sup>1</sup>.

La autoridad legítima tiene, por lo tanto, una función normativa en el razonamiento práctico. Lo que ahora me interesa destacar al respecto es que Raz no distinga entre las razones que justifican el *concepto de autoridad* y las razones que justifican la *función normativa* de la misma en el razonamiento práctico. De hecho, la principal crítica a las tres tesis que sostienen la autoridad legítima (la tesis de la dependencia, de la justificación normal y la tesis del reemplazo) es la confusión entre el análisis conceptual de la autoridad y el carácter normativo o excluyente de la misma en el razonamiento práctico.

Tal paralelismo significa que una vez que se ha logrado justificar el origen de la autoridad, una vez que la autoridad es legítima, su función en el razonamiento práctico no puede ser otra que la de excluir otro tipo de razones o juicios propios.

Un ejemplo ayudará a entender esta confusión. En mi época de fumadora empedernida llegué a ser protagonista de una curiosa forma de razonamiento práctico. Viajaba en tren a través de la geografía española. Compartía el vagón exclusivamente con otra persona a la que me dirigí para preguntarle si le molestaba si fumaba. Mi ocasional compañera de viaje me respondió que no le molestaba en absoluto pero que en el vagón se mostraba una señal de prohibido fumar con la indicación de un número y fecha de publicación oficial de una norma jurídica. Era evidente que comulgaba con las ideas de Raz. Reconocer la autoridad (y una disposición normativa es una disposición autoritativa) suponía para mi

---

<sup>1</sup>Para la distinción entre razones de primer orden y de segundo orden o excluyentes, así como para el concepto de actuar guiado por razones véase el apartado 1.1.2.

compañera de tren excluir la consideración de cualquier otro tipo de razones o de juicios. Es decir, que de acuerdo con el pensamiento de Raz, el concepto de autoridad consiste en la función normativa o excluyente de ésta en el razonamiento práctico.

La razón de la confusión entre el aspecto conceptual y el normativo es simple: si quien tiene autoridad (legítima) no pretende que sus directivas excluyan los juicios o razones propios de los destinatarios es porque sencillamente no se pretende autoridad.

La autoridad legítima sólo tiene como espacio racional, según Raz, el razonamiento ejecutivo, de manera que si es posible un razonamiento de tipo deliberativo (como el que provocaría el preguntarse si seguir o no la autoridad) para el agente racional es porque la autoridad no aparece como tal en el razonamiento.

Este paralelismo o confusión entre la justificación del origen y del seguimiento de la autoridad fue uno de los primeros puntos de desacuerdo con la teoría de Raz. A mi entender las razones que justifican el origen de la autoridad no son las mismas que las razones que justifican su seguimiento. O dicho de otro modo, justificar la autoridad no equivale a justificar su función excluyente.

Comparto con Raz el que sean las condiciones no ideales del razonamiento práctico, tiempo y conocimiento limitado, las razones que justifican la autoridad<sup>2</sup>. El límite de tiempo y de conocimiento justifica la autoridad de una madre sobre su hija, de la doctora sobre su paciente. Pero ello no significa que al aceptar la autoridad una hija deba automáticamente obedecer a la madre o el paciente a la doctora excluyendo sus propios juicios o razones. Es decir, creo que el seguimiento de la autoridad necesita una justificación que no se encuentra en el concepto mismo de autoridad. Con ello no estoy formulando un concepto distinto de autoridad sino defendiendo la necesidad de justificar por qué se sigue de una manera racional.

Desde el punto de vista del que debe seguir una directiva autoritativa, éste necesita razones para justificar su comportamiento, para explicar por qué está de acuerdo con ella y por qué la sigue. En caso contrario actuaría como un sujeto irracional que excluye su propio juicio en favor de la razón de otro. La necesidad racional de una justificación tal significa que el agente racional sigue la autoridad sólo si es ése el resultado de un juicio que considere *todas* las razones que se tenga para seguirla.

En definitiva, la función de la autoridad en el razonamiento práctico, lejos de excluir un juicio o razón propia del agente debe provocar en éste una deliberación sobre las razones que justifican su seguimiento. La autoridad aparece como una razón más en tal balance,

---

<sup>2</sup>En concreto, Raz se refiere al argumento pericial y a la coordinación de las actuaciones.

no como una razón excluyente: puede ser la razón de mayor peso, pero en todo caso, su fuerza se evaluará en relación con el resto de razones que concurran. El lugar de la autoridad es el razonamiento deliberativo.

### 3.2.2 La incompatibilidad de autoridad excluyente en el razonamiento jurídico

La necesidad de justificar el seguimiento de la autoridad, o si se quiere, de deliberar sobre su seguimiento me parece más evidente en un razonamiento práctico concreto: el jurídico y especialmente el realizado por los jueces en la solución y decisión de conflictos. Así, si el primer motivo de mi desacuerdo con Raz es la confusión entre el aspecto conceptual y el normativo de la autoridad, el segundo motivo es la *incompatibilidad entre la sostenida función excluyente de la autoridad legítima y el razonamiento práctico de los jueces y tribunales*.

La razón es que mientras que la autoridad legítima obliga al razonamiento práctico (también al jurídico) a discurrir por niveles ejecutivos, el razonamiento de los jueces transcurre por niveles deliberativos en los que no hay lugar para un concepto normativo (es decir, excluyente) de autoridad.

Raz sostiene, sin embargo, que el juez soluciona los conflictos siguiendo un modelo de razonamiento dominado por la función excluyente del derecho. Y tiene razón si todas las disputas que conociera fueran las denominadas por Raz disputas jurídicas reguladas<sup>3</sup>. Las disputas reguladas son aquellas en las que "el derecho proporciona una solución al caso"<sup>4</sup> de manera que el juez aplica el derecho existente, salvo que lo modifique (que lo distinga). Distintas a este tipo de disputas son las denominadas disputas no reguladas en cuyo caso el derecho no proporciona una solución al caso. El juez deberá integrar la laguna tomando en consideración las normas vigentes y creando nuevo derecho.

Pero la distinción entre disputas reguladas y no reguladas es más teórica que real. La aplicación de las disposiciones jurídicas no es automática ni tampoco excluye otro tipo de razones, proporcione o no el derecho una solución al conflicto. La necesaria adaptación del derecho a las circunstancias en las que se desarrolla el conflicto o la inexistencia de solución unívoca para la disputa jurídica, son elementos que obligan al juez a desarrollar un mismo razonamiento práctico tanto para el caso de conflictos regulados como no regulados.

Este único razonamiento no es el ejecutivo, es decir, no está dominado por el carácter

---

<sup>3</sup>Cfr. J. RAZ, *La autoridad del derecho*, citado, pp. 229 y ss.

<sup>4</sup>*Ibidem*, p. 230.

excluyente de las directivas autoritativas. Para decirlo en palabras de Raz (aunque sosteniendo una tesis distinta a la suya), es un razonamiento que delibera sobre un conflicto entre razones de primer orden y razones de segundo orden o excluyentes (la norma jurídica), es un conflicto *all things considered*.

Esto es quizás más evidente para los casos de conflicto entre razones de segundo orden, un conflicto que Raz deja de lado en su obra. Este conflicto se plantea cuando el derecho ofrece no una sino varias soluciones a una disputa jurídica. El carácter excluyente del derecho, su pretensión de autoridad legítima no ayuda al juez a decidir. El razonamiento ejecutivo entorpece la solución de la disputa porque evita que otras razones sean llamadas al conflicto. En estos casos los jueces razonan considerando *todas* las cosas: tanto las razones de autoridad como las que justifican esta últimas (razones de primer orden). Más concretamente cuando se trata de aplicar el precedente, el juez se mantiene siempre en contacto con las razones de primer orden que justificaron el propio precedente y lo mismo ocurre para el caso de aplicar una norma de derecho legislado.

El carácter no excluyente de la autoridad en el razonamiento jurídico me lleva a una segunda conclusión respecto al aspecto autoritativo de los precedentes judiciales. Los precedentes son considerados en sistemas de derecho común como obligatorios y vinculantes para los jueces. Pero como ya he indicado la regla de la doctrina del precedente tiene que interpretarse en armonía con la discreción de los jueces, de manera que el resultado es un precedente que puede ser modificado o incluso anulado, es decir el precedente carece del carácter excluyente que le atribuye la doctrina del precedente. Lo mismo puede decirse para el caso de sistemas jurídicos de derecho civil en los que si bien no existe una regla de reconocimiento para los precedentes tal como la doctrina del precedente, es evidente que las decisiones judiciales, especialmente la de los tribunales jerárquicamente superiores, amén de los constitucionales, tienen un carácter autoritativo que obliga a que sean considerados para la solución de conflictos jurídicos.

Ahora bien, tal aspecto autoritativo *no* cuenta con un carácter excluyente sino todo lo contrario. Considerar un precedente es traer al razonamiento del juez razones que Raz denominaría de primer orden, y que colocan el razonamiento fuera del nivel ejecutivo que defiende Raz.

En este sentido considerar la autoridad de un precedente queda lejos de la función normativa que Raz atribuye a la autoridad. En el marco de un modelo de razonamiento práctico distinto, el modelo deliberativo, la autoridad, y los precedentes judiciales, en tanto que dotados de un aspecto autoritativo, tienen un carácter argumentativo cuyo valor se somete a deliberación.

Las dos conclusiones a las que he llegado en este apartado me obligan a plantearme dos nuevos interrogantes:

- El razonamiento de los jueces no es un razonamiento práctico ejecutivo, fundado sobre la autoridad legítima. Entonces ¿cual es su fundamento?
- Los precedentes tanto en sistemas de derecho común como de derecho civil tienen un elemento autoritativo que no se puede entender de carácter excluyente. Entonces ¿cual es la función de este aspecto en el razonamiento jurídico?

Creo que el modelo de razonamiento práctico elaborado por Perelman ofrece una bastante más satisfactoria respuesta a ambos interrogantes.

### 3.3 Poniendo la autoridad en su sitio

La razón por la que he elegido la nueva retórica como alternativa al modelo de razonamiento elaborado por J. Raz se debe a que con Perelman se inicia una línea teórica que entiende el razonamiento jurídico como uno de tipo deliberativo y argumentativo. Perelman es por lo tanto, un punto de partida obligado para explicar el razonamiento jurídico desde una perspectiva que reúne un elemento de racionalidad práctica y otro de deliberación.

La mayor dificultad de abordar una dialéctica entre la nueva retórica y el razonamiento ejecutivo de Raz (la dialéctica de los capítulos anteriores) consiste en la falta de referencias mutuas entre ambos teóricos. Raz no menciona ni realiza crítica alguna al razonamiento retórico como razonamiento deliberativo. Por otra parte, Perelman está más concentrado en presentar la nueva retórica como alternativa al razonamiento teórico y a la lógica formal que en considerar y rebatir otros modelos de razonamiento práctico.

A pesar de esta falta de referencias, tanto Raz como Perelman coinciden en su punto de partida: el razonamiento (jurídico por ejemplo) es un tipo de razonamiento práctico. Lo que significa que la actividad del juez, como agente racional, no es la de conocer el derecho o demostrar la veracidad del derecho, sino la de *decidir* qué debe ser, o qué debe hacerse.

Sin embargo las coincidencias acaban aquí. De hecho, la diferencia fundamental entre el modelo de razonamiento práctico elaborado por Raz y aquel otro por Perelman se encuentra en su fundamento: la autoridad legítima (en el razonamiento ejecutivo de Raz)

y lo razonable (en el razonamiento deliberativo de Perelman)<sup>5</sup>.

Una de las razones por las que he elegido un modelo de razonamiento deliberativo para explicar el razonamiento jurídico es la dificultad de recoger y explicar la complejidad de la actividad judicial usando para ello el modelo de Raz. Si la función judicial se puede calificar como de aplicación del derecho, un modelo de razonamiento ejecutivo, como el basado en la función excluyente de la autoridad, no creo que sea el adecuado. Y es que la función excluyente de las normas jurídicas no soluciona los problemas de aplicación del derecho que se pueden plantear cuando el derecho da una respuesta pero necesita de una adaptación a las circunstancias; cuando el derecho no da respuesta alguna a un conflicto; o cuando ofrece dos o más respuestas incompatibles entre sí.

Al aplicar el derecho los jueces no consideran sólo una razón o tipo de razones (las de segundo orden excluyente) sino que consideran todas aquellas razones (de autoridad y subyacentes) que sean relevantes para la solución del conflicto. Cuando se hace referencia a las razones, se hace referencia a su posibilidad en el razonamiento práctico, no a su carácter excluyente o no. Se dice, por lo tanto, que el ámbito del razonamiento es *lo posible*.

¿Bajo qué criterio deben considerarse las razones? La respuesta está en el fundamento mismo del razonamiento deliberativo: lo razonable (o lo adecuado, o lo bueno). Si varias razones o argumentos son posibles, decidir sobre qué razón basar la decisión, es una cuestión de evaluación y deliberación que toma como criterio (evaluativo) lo razonable. Éste es un criterio de corrección del razonamiento, es decir, no tiene, como la autoridad legítima de Raz, una función normativa o excluyente, sino orientativa de la evaluación y deliberación que hará el agente racional.

Un paso más. Cuando el agente racional, el juez, haya evaluado las razones o argumentos en los que basa su decisión, aún deberá argumentar lo razonable o lo adecuado de los mismos. Por eso se dice que el razonamiento práctico, y el jurídico en especial, es un razonamiento deliberativo y argumentativo fundado en lo razonable de las razones o argumentos presentados.

Si muchas las razones son posibles y su evaluación sigue un criterio de corrección como el de lo razonable, es evidente que la autoridad (incluso si está legitimada por meta-razones) no tiene una función excluyente en el balance de razones. Como ya indiqué al

---

<sup>5</sup>A partir de esta diferencia el desarrollo posterior de ambos modelos de razonamiento práctico llevan a conclusiones distintas en muchas cuestiones, entre las que ya he mencionado las dos que más interesan a esta investigación: el carácter ejecutivo o deliberativo del razonamiento jurídico; y la función excluyente o argumentativa de la autoridad.

analizar la función de la autoridad en la lógica jurídica o argumentación jurídica, en el razonamiento deliberativo la autoridad tiene un uso argumentativo, es un argumento o una razón más que viene al juicio o balance de razones que realiza el juez, por lo tanto sometida a la deliberación y evaluación de su fuerza en términos de razonabilidad.

De ahí que se diga que citar la autoridad no sea poner un punto y final a la demanda de razones, sino utilizar un argumento que tiene una estructura determinada por estar basado en la autoridad de su fuente. Su seguimiento o no depende del resultado que arroje el balance de razones (de todas la razones posibles) y no de su función excluyente.

### 3.4 Una estructura recíproca

A la categoría *argumentos de autoridad* pertenecen todas aquellas razones que tengan su fundamento en la autoridad de su fuente<sup>6</sup>. En el razonamiento jurídico, concretamente, la ley, los precedentes y la doctrina jurídica han venido siendo identificados como argumentos de autoridad, frente a los principios del derecho denominados argumentos de razón<sup>7</sup>.

Los argumentos de autoridad están basados en su fuente, en la autoridad de la persona u órgano que los creó. Esta parca definición aporta, sin embargo, los dos elementos

---

<sup>6</sup>Creo necesario hacer una precisión esencial para entender el desarrollo de esta investigación a partir de este capítulo. Pudiera parecer que estoy usando la palabra "fundamento" con demasiada generosidad. Y es cierto porque estoy analizando al mismo tiempo los fundamentos de dos cosas distintas. La primera podría denominarla como *el fundamento del argumento de autoridad*. Éste, como acabo de indicar, no es otro que la fuente que ha creado dicho argumento. La segunda la denominaré *el fundamento del seguimiento del argumento de autoridad*. Éste se encuentra más allá de la autoridad formal, tanto que me lleva a cuestiones relativas al fundamento del razonamiento práctico (el jurídico también). Por ahora, y para lograr el interés de mi auditorio, no diré más, aunque se puede intuir que este segundo aspecto es el que desarrollaré más adelante.

<sup>7</sup>La distinción a la que acabo de hacer referencia entre argumentos de autoridad y argumentos de razón puede ser aceptada hasta un cierto límite. Es cierto que los primeros son todos aquellos argumentos o razones basados en la autoridad de la fuente: el parlamento (habitualmente) para la ley o el juez para el precedente. Mientras que los argumentos de razón son aquellos basados en lo razonable de su contenido: los principios del derecho tales como la igualdad, la protección jurídica o la compensación de daños. Ahora bien, esta distinción se refiere, creo, solamente al fundamento del argumento no al fundamento de su uso (ver nota anterior). Considero errónea la conclusión según la cual los argumentos de autoridad justifican una decisión jurídica porque tienen autoridad para ello, mientras que los argumentos de razón lo hacen porque si bien no tienen autoridad son más razonables y admisibles. Al hablar de cual es el fundamento del uso de un argumento como el precedente o el principio de igualdad la distinción entre argumentos de autoridad y de razón me parece de poca ayuda, e incluso creo que induzca a confundir la base del argumento en sí con el fundamento de su uso.



esenciales para el análisis del argumento que nos ocupa: un elemento que podríamos llamar *formal* y que se refiere a la *competencia* de la fuente; otro elemento que puede denominarse *de reconocimiento* y que se refiere a la relación entre la fuente (o la persona) y su acto (la decisión). Ambos elementos aparecen también en un concreto argumento de autoridad: los precedentes judiciales.

Por lo que se refiere a la *competencia*, ésta es la medida concreta de autoridad atribuida. En el ámbito judicial, competencia y autoridad son sinónimos, de manera que si alguien considera que un concreto juez o tribunal no tiene autoridad para decidir sobre un conflicto determinado, alegará la falta de competencia de éste. Se puede hablar de distintos grados de competencia: ya sea por la materia que se litiga (civil, penal o administrativa, amén de la constitucional), por el territorio en el que el órgano judicial desarrolle sus funciones jurisdiccionales, o por las personas aforadas (o no) que sean parte en el proceso.

En el análisis del aspecto autoritativo de las decisiones judiciales el elemento de la competencia ha tenido siempre una importancia capital. Incluso diría que demasiada hasta el punto de confundir el aspecto autoritativo del precedente con su carácter vinculante. Mi propósito al respecto es rescatar el elemento de la competencia del ámbito de la fuerza vinculante (de la doctrina de las fuentes) y llevarlo al ámbito de la argumentación jurídica.

En este sentido, creo que la competencia o autoridad del órgano que dictó una sentencia sirve para *responder a la pregunta ¿qué decisiones judiciales pueden considerarse precedentes para la solución de casos futuros?* Aquí destacaría la importancia de la competencia territorial. En concreto creo que los órganos judiciales superiores (tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional si la hubiera) tiene una medida de competencia, una autoridad que justifica el precedente judicial como argumento de autoridad. La idea de que estos órganos con competencia en la totalidad del territorio del sistema jurídico de un país sean los que creen precedentes está relacionada con la unidad de la jurisprudencia y la seguridad jurídica.

El segundo elemento que indicaba para el argumento de autoridad, es el *reconocimiento* de la relación entre la fuente y sus actos, o si se quiere entre el juez y sus decisiones. Tal reconocimiento introduce elementos no formales en la estructura del argumento de autoridad, es decir, que van más allá de la competencia formalmente atribuida. Concretamente creo que *introduce elementos deliberativos y evaluativos sobre el contenido de los actos, de las decisiones, de la autoridad.*

Cuando un juez toma una decisión, justifica ésta en base a razones. Si además, la decisión es tomada por el tribunal supremo o similar (con competencia en la totalidad

del territorio) este pretenderá que su decisión sea considerada como un precedente para futuros casos y por lo tanto utilizada en la justificación de posteriores decisiones. Para ello el órgano judicial (el orador) tiene que persuadir a su auditorio sobre el valor de su razonamiento, o dicho de otra forma, tiene que lograr el reconocimiento de su autoridad. Más aún, para el caso de que un juez o tribunal use un precedente judicial, deberá atender no sólo a la autoridad o competencia de quien lo creó sino también al reconocimiento que goza quien lo creó.

En el argumento de autoridad juega un papel esencial el auditorio del juez en el reconocimiento del valor de este. Tanto que la relación de autoridad entre el juez y su auditorio es una relación de reciprocidad más que de simetría (como ha sido calificada la propuesta por Raz). A la pretensión de autoridad de un juez o tribunal no le sigue la aceptación (excluyendo además otras razones) de los destinatarios, sino el reconocimiento o no de estos.

### 3.5 Dando un paso más

Del anterior estudio sobre el papel de la autoridad en el razonamiento jurídico, y el aspecto autoritativo de los precedentes judiciales quiero destacar lo siguiente: la autoridad legítima tiene cabida en el razonamiento práctico, y su papel está condicionado por el contenido deliberativo del razonamiento mismo. Este uso puede resumirse en el *carácter argumentativo de la autoridad*, de manera que el *aspecto autoritativo de los precedentes* se debe entender como un argumento cuyo peso o valor es *objeto de una deliberación racional*.

En los sistemas de derecho civil, las decisiones de los órganos judiciales superiores, y en particular las decisiones dictadas en casación cuentan con un aspecto autoritativo que no pasa inadvertido en la solución de casos futuros. El contenido mismo del recurso de casación así como su regulación, garantiza el seguimiento de unas decisiones (las de los órganos de casación) por los jueces y tribunales<sup>8</sup>. La casación y por lo tanto, el aspecto autoritativo que el ordenamiento jurídico atribuye a ciertas decisiones, está justificado en

---

<sup>8</sup>El recurso de casación se estableció inspirado en la idea de la estricta separación de poderes: los jueces no eran sino la boca de la ley. Por eso, inicialmente, el único motivo de interposición del recurso de casación era la infracción de la ley. Paradójicamente, esta institución, que quería controlar la actividad judicial y limitarla a la estricta aplicación (mecánica) de la ley, sufre una metamorfosis hasta el punto de aceptar como motivo de interposición la infracción de la jurisprudencia (junto a la original infracción de la ley). La casación y su relación con el fundamento y uso de los precedentes será objeto de un estudio empírico en los capítulos 7-9.

los valores de uniformidad en la aplicación del derecho, y con ellos en los de predictibilidad y seguridad jurídica.

Aceptado el *aspecto autoritativo de los precedentes*, éste debe entenderse en el *marco de un modelo de razonamiento deliberativo*. Por eso, más que hablar del fundamento de los precedentes, o de justificación de su fuerza vinculante, propongo un uso más modesto de la autoridad de los precedentes: *la autoridad ayuda a determinar qué precedentes tomar en consideración, pero no es una razón suficiente para fundamentar su seguimiento*. En este sentido estoy convencida, como lo está Wróblewski<sup>9</sup>, que para basar una decisión en un precedente, para seguir un precedente, sea necesario que éste sea bueno o correcto<sup>10</sup>.

En conclusión, los precedentes judiciales, una vez adoptado un modelo de razonamiento deliberativo, tiene un uso argumentativo: su valor o fuerza será objeto de una deliberación racional. Para analizar en qué consiste este uso argumentativo, y para determinar los fundamentos de este uso será imprescindible profundizar en el razonamiento práctico deliberativo. A esta tarea encomendaré los siguientes capítulos.

---

<sup>9</sup>Véase J. WRÓBLEWSKI, "Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*", citado, p. 228.

<sup>10</sup>Esta conclusión es sólo posible si se acepta que el lugar de la autoridad (y el de los precedentes en cuanto decisiones autoritativas) es un modelo de razonamiento deliberativo (el de Perelman) que junto al aspecto formal de los argumentos (la atribución o no de competencia) se ocupe también del aspecto evaluativo de los mismos.

1. 1000

2. 1000

3. 1000

4. 1000

5. 1000

6. 1000

7. 1000

8. 1000

9. 1000

10. 1000

11. 1000

12. 1000

13. 1000

14. 1000

15. 1000

16. 1000

17. 1000

18. 1000

19. 1000

20. 1000

21. 1000

22. 1000

23. 1000

24. 1000

25. 1000

26. 1000

27. 1000

28. 1000

29. 1000

30. 1000

31. 1000

32. 1000

33. 1000

34. 1000

35. 1000

## Capítulo 4

# La aplicación adecuada del derecho

### Introducción

En esta investigación he omitido conscientemente una mención extensa a la polémica sobre la actividad judicial como actividad de creación o de aplicación del derecho. A pesar de que esta discusión es relevante para el análisis del razonamiento jurídico, y más aún para el estudio de los precedentes judiciales, no creo que el binomio *creación/aplicación* describa la compleja actividad judicial. En su lugar, he optado por otra pareja de conceptos, la de *justificación/aplicación*, porque creo que es la que mejor explica en su totalidad el contenido de la actividad judicial y del razonamiento jurídico<sup>1</sup>.

En esta línea, analizaré dos propuestas teóricas que comparten una concepción discursiva del razonamiento práctico (general y jurídico), es decir, que consideran éste como una actividad lingüística cuyo objeto es la corrección de los enunciados normativos<sup>2</sup>. Se trata de la propuesta de Klaus Günther, para quien el razonamiento jurídico es una actividad de aplicación de normas, y de la de Robert Alexy, quien lo considera una actividad de justificación de normas. Con este estudio quiero explicar el contenido del razonamiento jurídico —ya como aplicación o justificación— para así poder explicar también el fundamento y uso argumentativo de los precedentes judiciales avanzado en el capítulo anterior.

---

<sup>1</sup>No creo que la pregunta ¿el juez crea o aplica el derecho? sea equiparable a ¿el juez justifica o aplica el derecho? o al menos no lo son sus respuestas. El estudio del razonamiento judicial desde el punto de vista de su carácter creador o de aplicación del derecho, ofrece resultados relacionados más bien con el principio de división de poderes. Por otro lado, el estudio del razonamiento judicial desde el punto de vista de su carácter justificativo o de aplicación, está conectado con el carácter discursivo del razonamiento práctico. La actividad judicial según esta perspectiva no es tanto una función cuanto un razonamiento.

<sup>2</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 34.

Comenzaré por la primera propuesta. La tesis de Günther podría resumirse en la siguiente cita:

Las cuestiones de validez de una norma tienen que separarse de las cuestiones de su aplicación<sup>3</sup>.

Se trata, en general, de una réplica a las concepciones monistas del discurso práctico<sup>4</sup>, y en particular, de una réplica a la conocida *tesis del caso especial* de Robert Alexy<sup>5</sup>. Günther articula ambas objeciones mediante dos tesis fundamentales:

- La primera es la necesidad de introducir, en el ámbito de la deliberación práctica general, el discurso de la aplicación de las normas para complementar el discurso de justificación.
- La segunda, circunscrita al razonamiento jurídico, consiste en la necesidad de explicar el razonamiento judicial como un discurso de aplicación, y por lo tanto, distinguir dentro del discurso jurídico entre una actividad de justificación y otra de aplicación de las normas jurídicas.

De estas dos ideas, la distinción entre discurso de justificación y de aplicación de un lado, y la definición del razonamiento judicial como discurso de aplicación de otro, me ocuparé en las siguientes páginas.

## 4.1 El carácter discursivo de la justificación y la aplicación de las normas

Toda norma, así comienza el principal trabajo de Günther<sup>6</sup>, contiene una referencia, por tenue que esta sea, a una situación de aplicación. También contiene una referencia a las consecuencias y efectos paralelos que producirá el cumplimiento de la norma. Ambos, no son elementos desconectados entre sí, sino que su relación determinará la validez, y por lo tanto la justificación de la misma.

<sup>3</sup>K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 11.

<sup>4</sup>Günther refuta aquellas teorías que reducen el razonamiento práctico a una única actividad discursiva: la de justificación de enunciados normativos (cfr. K. GÜNTHER, "Warum es Anwendungsdiskurse gibt", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1993, pp. 387 y ss.).

<sup>5</sup>Según ésta, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico, es decir, una forma de discurso de justificación de normas (véase R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*).

<sup>6</sup>Me refiero al citado *The Sense of Appropriateness*.

Se puede interpretar que el paso de una situación de aplicación a las consecuencias de la aplicación de una norma es de carácter *empírico* (así la denomina Günther), o bien que esta relación tiene un *carácter normativo*. En el primer caso, dice Günther, el criterio de justificación de la norma es el denominado *principio de universalidad semántico* según el cual la identidad (semántica) entre la situación de aplicación descrita en la norma y la situación de aplicación del caso concreto *justifica* las consecuencias prescritas en la norma<sup>7</sup>.

También se puede sostener, como hace Günther, que la transición de una situación de aplicación concreta a las consecuencias previstas en una norma tiene un *carácter normativo*. En este caso, el lazo entre situación de aplicación y las consecuencias normativas lo ofrece el *principio de universalidad discursivo* (U en adelante siguiendo la terminología de Günther), lo que significa,

que *cada uno* se pone en la posición de la otra persona, que esto se hace *recíprocamente* y que todos los interesados juzgan *colectivamente* si la norma corresponde a sus intereses comunes<sup>8</sup>.

El principio U establece un nexo entre la norma propuesta originariamente y los intereses contenidos en ella, por una parte, y los intereses de aquellos afectados, por la otra parte<sup>9</sup>. En otras palabras, la norma estará justificada si los afectados por su cumplimiento

---

<sup>7</sup>Las normas son enunciados que repiten una misma estructura: una descripción de una situación concreta y un mandato de *deber ser* en relación a las consecuencias y efectos paralelos de su aplicación. Alexy las ha sintetizado así:  $(x) Fx \rightarrow Gx$  (cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 81 y 214). Es decir, una norma en la que para toda situación F se dará (debe ser) la consecuencia G. El principio de universalidad semántico, tal y como ha sido formulado, justifica que en toda situación similar en sus aspectos relevantes a F se aplique la norma  $(Fx \rightarrow Gx)$  y por lo tanto, tengan lugar las consecuencias previstas G. También Alexy lo sintetiza esquemáticamente así:

- (1)  $(x) (Fx \rightarrow Gx)$
- (2)  $Fa$
- (3)  $Ga$

Si hay una identidad entre la situación descrita  $(Fx)$  en la norma y la situación de aplicación  $(Fa)$ , entonces la consecuencia prevista  $(G)$  *debe ser*, debe acaecer. Günther dirige dos objeciones al principio de universalidad semántico. Brevemente, la primera es que enturbia la distinción entre justificación y aplicación de las normas, porque resolviendo una —la consideración de la situación de aplicación del caso concreto— se soluciona la otra —la justificación de las consecuencias— (cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 23). La segunda objeción es que malinterpreta el objeto de la justificación que no se refiere tanto a la norma en sí  $(Fx \rightarrow Gx)$  cuanto a la decisión  $Ga$ .

<sup>8</sup>K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 23. La cursiva es mía.

<sup>9</sup>*Ibidem*, p. 28. El carácter normativo que Günther atribuye a esta relación causal no significa el

la aceptan colectivamente, o mejor, aceptan las consecuencias y efectos de su aplicación. El discurso determina, en primer lugar, el objeto de la deliberación, esto es, los intereses individuales afectados por el cumplimiento de la norma; y en segundo lugar, la forma en que estos serán considerados, es decir, recíprocamente<sup>10</sup>.

## 4.2 Una versión débil de justificación

Si una norma, como apenas he indicado, es válida cuando las consecuencias y efectos de su cumplimiento han sido recíprocamente aceptados por todos los afectados, sólo la consideración de una situación concreta permitirá determinar *qué* intereses resultan afectados y por lo tanto *quienes* participarán en el discurso<sup>11</sup>. De esta forma, la anticipación de la *descripción de una situación de aplicación* parece ser el primer requisito para iniciar un discurso sobre la validez o la aceptación de una norma concreta. Sobre cual sea el contenido de esta descripción, es el interrogante que Günther resuelve confrontando dos versiones de U que se diferencian, esencialmente, en la situación ideal o real de deliberación en la que tiene lugar la justificación de las normas.

### 4.2.1 Dos interpretaciones de U

**La versión fuerte de U** Esta primera versión de U propone una abstracción de la situación de aplicación tal que incluya todos los aspectos relevantes para los intereses de cada individuo, es decir, que contenga la *completa descripción de la situación de aplicación*<sup>12</sup>. Günther ha denominado a este concepto de U la versión *fuerte*, queriendo así subrayar que en el discurso de la validez de las normas, además de la aceptación de las consecuencias, también tiene cabida la consideración de todos los aspectos relevantes de una situación concreta.

---

abandono del principio de universalidad semántico que será reconvertido en una regla de argumentación que garantiza "la transición de la evidencia empírica en las consecuencias para las necesidades de cada individuo y los efectos anejos para éste, cuando la norma se aplica, a la norma que contiene un interés general" (*ibidem*, p. 27).

<sup>10</sup>Cada individuo tiene que asumir los intereses de los demás con el fin de apreciar la intensidad de cada interés involucrado. Se evita así que sólo sean relevantes los intereses de la mayoría o de un grupo (*ibidem*, p. 32).

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 33.

<sup>12</sup>Sólo así se sabrá qué intereses resultan afectados y por lo tanto qué intereses deben incorporarse a la norma y quienes deben participar en la justificación de la misma.



Por lo tanto, habría que decir no sólo que la norma es válida, es decir, que puede ser aceptada por todos aquellos afectados que expresan un interés común, sino también que es la norma apropiada en cada situación individual en la que resulte aplicable<sup>13</sup>.

A la versión fuerte de U le corresponde una versión también fuerte del discurso de justificación según la cual:

una norma es válida y en cada caso apropiada si las consecuencias y efectos paralelos que se producen para los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de esta norma *en cada situación particular* pueden ser *aceptados por todos*<sup>14</sup>.

Las normas cuya aceptación se discute, deberán anticipar *todas* las situaciones en las que pueda aplicarse, de manera que sus aspectos son obvios y los intereses de los afectados evidentes<sup>15</sup>. Ahora bien, esto sólo es posible si el discurso de justificación tiene lugar en condiciones ideales de deliberación (de tiempo y conocimientos ilimitados). La objeción, por lo tanto, es simple: puesto que la situación de deliberación es real (es decir de tiempo determinado y conocimientos limitados) es imposible anticipar la completa descripción de una (toda) situación de aplicación.

La versión débil de U Günther propone otra versión de U y del discurso de justificación: la versión *débil*, según la cual, la descripción de una situación de aplicación debe hacerse dentro de los límites de tiempo y de conocimientos en los que tiene lugar el discurso práctico<sup>16</sup>. Habermas ha introducido este concepto de validez discursiva según el cual, en la justificación de una norma sólo tienen que considerarse las consecuencias y efectos paralelos de una norma que *puedan anticiparse*.

Aunque U hable de “cumplimiento general”, el criterio de validez no se refiere a todas las situaciones previstas desde un punto de vista absoluto; en

---

<sup>13</sup>K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 33.

<sup>14</sup>*Ibidem*. La cursiva es mía.

<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 34.

<sup>16</sup>Además de que la abstracción de la situación de aplicación se hará dentro de los límites de tiempo y conocimiento, la versión débil de U consigue mantener inalterado el concepto de validez, en cuanto que sigue dependiendo de la aceptación de las consecuencias y efectos a los intereses individuales por parte de *todos*. Günther no considera, sin embargo, que el discurso de justificación, incluso en su versión débil, deba reconocer un límite en la participación de los afectados (*ibidem*, p. 35).

su lugar, se refiere a las consecuencias y efectos paralelos previstos en un momento concreto, en tanto que son relevantes para los actuales intereses de cada individuo y son aceptados colectivamente por todos<sup>17</sup>.

Con esta versión débil de U se logra incluir los innumerables cambios de intereses en la deliberación discursiva provocados por la imposibilidad empírica de adelantar todas las situaciones de aplicación de una norma. En otras palabras, se logra adaptar U a las condiciones reales del discurso quedando enunciado de la siguiente forma:

Una norma es válida si sus consecuencias y efectos paralelos que produce a los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de la norma *bajo circunstancias inmutables* pueden ser aceptados por todos<sup>18</sup>.

Esta interpretación débil de U garantiza que para la justificación de una norma se omita la valoración de todos los aspectos relevantes de todas las posibles situaciones de aplicación y se consideren sólo aquellos aspectos que permanezcan inalterables en todas las situaciones de aplicación.

En un discurso sobre la validez sólo se es capaz de examinar los aspectos de la descripción de una situación que son iguales en cada caso de aplicación<sup>19</sup>.

### 4.3 La distinción entre justificación y aplicación de las normas morales

La versión débil de U permite, según lo apenas indicado, considerar una situación real de deliberación hasta el punto de adaptar el discurso sobre la validez de las normas a las condiciones de tiempo finito y conocimientos limitados. Junto a esta cualidad de U (en su versión débil naturalmente) Günther destaca otra: la de afrontar correctamente un *conflicto de normas válidas*. El planteamiento de un conflicto de normas y su correcta solución (gracias a la versión débil de U) será la estrategia argumentativa elegida por

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*. La cursiva es mía. Nótese que Günther sólo se refiere a la validez de la norma y no a su validez y adecuación como mencionaba al enunciar la versión fuerte de U.

<sup>19</sup> K. GÜNTHER, "Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification", *Ratio Juris*, n. 2, 1989, p. 158. éste es el significado de una norma válida *all things being equal* o bajo circunstancias inmutables (*ibidem*, p. 163).

Günther para desarrollar su tesis más conocida. Me refiero, por supuesto, a la necesaria introducción del discurso de aplicación en el ámbito de la deliberación práctica.

Existen situaciones concretas (inicia el concepto de conflicto de normas) en las que es posible aplicar no una sino varias normas que afectan a intereses individuales. Entonces,

dos normas, independientemente aplicadas (a la misma situación) alcanzan resultados incompatibles entre ellos, es decir, logran dos juicios morales contradictorios<sup>20</sup>.

Para quienes sostienen, artificialmente, una versión fuerte de U y por lo tanto una visión monista del discurso práctico, el conflicto de normas se resolverá mediante una actividad de justificación (en su versión fuerte) según la cual una norma es válida cuando al sumarle las circunstancias relevantes del caso concreto es aceptada por todos. Esta solución esconde, tras su aparente simplicidad, una inversión del procedimiento discursivo porque primero se resuelve la aplicación de la norma, es decir, la completa descripción del caso concreto, y luego su justificación, es decir, la aceptación recíproca de sus consecuencias<sup>21</sup>. Tal inversión significa que para cada situación concreta los participantes de un discurso práctico deben afrontar una *tabula rasa* moral, puesto que todas las normas son inválidas salvo una que además será la norma adecuada al caso concreto.

Para la versión débil del discurso de justificación, sin embargo, todas las normas son válidas, y por supuesto también lo son las normas en conflicto, porque han sido aceptadas por todos en condiciones inmutables. En otras palabras, su validez, su aceptación, no dependen de la completa descripción del caso de aplicación, sino de una descripción *all things being equal*. De las normas (válidas) en conflicto, sólo una será la norma adecuada a la situación concreta. La llave para solucionar el conflicto de normas *válidas* no será, por lo tanto, la aceptación de una norma en detrimento de otra, sino la *adecuación* de una de ellas a la completa situación de aplicación. Esta actividad, ajena al discurso de justificación, es el contenido del *discurso de aplicación de normas*<sup>22</sup>.

Antes de analizar con más detenimiento en qué consiste este discurso de aplicación de las normas, quiero reiterar que el concepto de conflicto de normas válidas no parece que encuentre su solución por vía del discurso de justificación débil. Esta versión, sin embargo,

---

<sup>20</sup>Esta que es una definición de Alexy, ha sido también aceptada por Günther (cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado p. 207).

<sup>21</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification", citado, p. 160.

<sup>22</sup>La actividad de aplicación de las normas consiste, básicamente en describir el caso concreto de aplicación en sus aspectos relevantes para determinar que norma es la adecuada.

si permite afrontarlo correctamente al separar las cuestiones de aceptación de las normas de aquellas otras de descripción del caso concreto. En otras palabras, la versión débil de la tesis esconde una tesis más relevante para este ensayo: la necesidad de distinguir entre un discurso de justificación y un discurso de aplicación de las normas.

El criterio de distinción entre el *discurso de justificación* y el *discurso de aplicación de las normas morales*, es su diverso contenido. La justificación es, según Günther, un discurso práctico sobre la *validez* de las normas independientemente de la situación individual o concreta en la que serán aplicadas. El discurso de aplicación, por otro lado, está centrado en la *adecuación* de las normas a las circunstancias relevantes del caso concreto. El núcleo de este discurso es el si se debe y el cómo se debe seguir una norma, en una situación particular y consideradas todas las circunstancias relevantes<sup>23</sup>.

Justificación y aplicación son dos formas discursivas complementarias<sup>24</sup>, validez y adecuación dos criterios de corrección complementarios. Allí donde no llega la justificación, es decir, a la consideración de todos los aspectos relevantes de una situación de aplicación, comienza la aplicación de la norma. El criterio de distinción entre justificación y aplicación no es otro que la distinta relevancia práctica atribuida a la situación concreta en uno y otro discurso: irrelevante para el primero, necesario para el segundo.

Concluye así el razonamiento a favor de la distinción entre discurso de justificación y discurso de aplicación, o lo que es igual, a favor de una versión débil de justificación. Una argumentación que queriendo se puede resumir en los siguientes puntos:

- Todas las normas son válidas si han sido aceptadas bajo circunstancias que permanecen invariables para cada situación de aplicación.
- Estas normas son razones *prima facie* aplicables porque son insuficientes para sostener su aplicación a una situación concreta, o en otras palabras, su validez no contiene su aplicación.
- Las normas válidas colisionan entre sí cuando se consideran los aspectos relevantes de una situación de aplicación concreta<sup>25</sup>. Entonces comienza una actividad discursiva,

<sup>23</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, pp. 37-38.

<sup>24</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification", citado, p. 159.

<sup>25</sup>"Por lo tanto, —dice Günther— en el discurso de aplicación se afronta el problema del conflicto de normas. Las normas que son válidas en circunstancias inmutables pueden colisionar unas con otras cuando se consideran todas las circunstancias de una situación... El conflicto de normas sería así un problema de su adecuación y no de su validez" (K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 212).

distinta a la de validez, que pretende la aplicación adecuada de una de las normas en conflicto.

## 4.4 La lógica del discurso de aplicación

La actividad de aplicación de las normas se podría definir como la solución de un conflicto de normas válidas mediante la aplicación de la norma adecuada al caso concreto, una vez que éste ha sido descrito en todos sus aspectos relevantes<sup>26</sup>.

Creo que de esta definición inicial son de destacar dos ideas que condicionarán el contenido lógico del discurso de aplicación:

- La primera es la ya mencionada irrelevancia de la validez de las normas en el discurso de su aplicación: las normas en conflicto ya son válidas en tanto que aceptadas *all things considered*.
- La segunda, que a continuación desarrollaré, es la necesidad de describir una situación en sus aspectos más relevantes, para así decidir cual de las normas válidas (en conflicto) es la *adecuada* al caso concreto.

**Un ejemplo para el discurso de aplicación** Para llevar a buen puerto la labor que ahora me propongo, el análisis del contenido del discurso de aplicación, propondré un ejemplo en el que dos normas válidas entran en conflicto una vez considerada la situación concreta, dando así comienzo al discurso de aplicación.

En mi ejemplo, utilizaré al Dr. Ravic, el médico protagonista del libro *Arc de Triumphe* de Erich Maria Remarque<sup>27</sup>. éste se ve obligado a refugiarse de los nazis en Francia (como se sabe la obra se desarrolla en plena expansión del III Reich en Europa) donde ejerce su profesión de manera clandestina por no tener regularizada su situación. El Dr. Ravic además, ha vivido la experiencia de un campo de concentración y el temor a ser descubierto y devuelto a la Gestapo le atormenta. Paseando por París tropieza con un

---

<sup>26</sup>Esta actividad tendrá una forma discursiva por dos motivos: uno de teoría del lenguaje, en tanto que el hablante y el receptor pueden adoptar perspectivas distintas a la hora de determinar cuales son los aspectos relevantes de un caso; otro motivo es de carácter moral, en tanto que la aplicación de normas debe estar presidida por el principio de imparcialidad (cfr. K. GÜNTHER, "Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral", en *ARSP*, 1992, p. 57). A este principio coadyuva la consideración recíproca de los intereses involucrados en un caso concreto, sólo posible mediante una forma discursiva y no monológica.

<sup>27</sup>Véase E. M. REMARQUE, *Arc de Triumphe*, Kiepenheuer & Witsch, Köln, 1945.

accidente laboral. Un albañil se precipita al vacío, con tan mala suerte que la viga que lo sostenía cae también y golpea fatalmente a una transeúnte. El hombre fallece en el acto y la mujer recibe heridas que requieren una rápida intervención médica. En la obra original Ravic socorre inmediatamente a la mujer. Yo quisiera, sin embargo, racionalizar su decisión y explicar el razonamiento práctico que justificó la acción del Dr. Ravic.

El Dr. Ravic sabe que una inmediata intervención de un médico salvará la vida de la mujer accidentada. Ahora bien, también es consciente de que al involucrarse en el accidente llamaría la atención de la policía francesa que descubriría su situación ilegal en Francia, lo expulsaría del país convirtiéndose entonces en un fácil objetivo para la Gestapo. Creo que ésta es una perfecta situación para ejemplificar un conflicto de normas morales válidas en circunstancias inmutables que se pueden formular de la siguiente manera: hay que socorrer a un herido grave (N1) y hay que asegurar la propia seguridad (N2) en peligro desde que la expulsión de Ravic a un país nazi podría tener como consecuencia su arresto por la Gestapo (llegando a poder ser confinado en un campo de concentración). Ambas reglas morales son *válidas* en el sentido débil de U, es decir, han sido aceptadas por todos (los afectados) en circunstancias inalterables para distintos casos. Son, además, consistentes entre sí porque en la situación que describen no colisionan. Ahora bien, la colisión o el *conflicto de normas válidas* se plantea cuando se consideran las circunstancias del caso concreto, en mi ejemplo, cuando Ravic para socorrer y salvar la vida de la mujer herida tiene que descubrir su situación de ilegal poniendo en peligro su propia seguridad.

#### 4.4.1 Tres actividades para un discurso

¿Qué hacer? ¿Ayudar a la mujer herida o evitar poner en peligro la propia seguridad? O bien, siguiendo el modelo de razonamiento práctico de Günther ¿qué norma N1 o N2 es la *adecuada* a la situación concreta de aplicación? Para responder a estos interrogantes, para justificar la acción, el Dr. Ravic tendría que llevar a cabo dos actividades complementarias entre sí. La primera es la descripción de la situación mediante la consideración de sus circunstancias *relevantes*. Conviene precisar que cuando Günther menciona las circunstancias de un caso concreto, no alude a elementos fácticos sino *morales*, es decir, a los aspectos que desde un punto de vista moral son sobresalientes para la descripción del caso concreto. La segunda actividad consiste en justificar tal descripción, es decir, justificar la elección de unas circunstancias (las relevantes) en detrimento de otras. *Descripción y justificación de la descripción*: éste es el contenido esencial del discurso de aplicación en el que además se puede considerar otras actividades. De manera resumida ésta es la lógica del discurso de aplicación:

- La veracidad de los datos que se tienen sobre la situación de aplicación.
- La completa descripción de la situación y la justificación de la elección de unos aspectos en detrimento de otros.
- La coincidencia entre la situación contenida en la norma y la situación de aplicación una vez descrita: la consistencia semántica.

**De la veracidad de los datos** La veracidad de las proposiciones que describen las circunstancias de un caso, es una condición necesaria para la completa descripción de una situación de aplicación<sup>28</sup>. En el ejemplo propuesto, se podría objetar que la mujer no esté herida gravemente y que pueda esperar sin peligro para su vida hasta que llegue una ambulancia, o bien que la intervención del Dr. Ravic no lo involucrará en el accidente y que la policía no hará pesquisas sobre su identidad. En todo caso, estas objeciones no son objeto de un discurso práctico de aplicación sino de un discurso empírico y/o teórico<sup>29</sup>.

**De la completa descripción de la situación** Una situación ha sido descrita completamente —sostiene Günther— cuando se han mencionado todas las circunstancias relevantes o significativas del caso. En una situación concreta, como la del Dr. Ravic, se puede sostener que lo sobresaliente en términos morales, es que se ayude a un herido grave o por el contrario, que se omita el deber de socorro si eso pone en peligro la propia seguridad. Una vez más, decidir qué circunstancias son relevantes en un caso concreto equivale a describir este caso en sus aspectos relevantes. Tal decisión, tal elección, tiene que ser justificada de manera que el participante de un discurso de participación está obligado a dar buenas razones que justifican, además, la modificación o la derogación de una norma que podía *prima facie* aplicarse al caso<sup>30</sup>.

El problema que la descripción y justificación de la situación de aplicación ha sido primorosamente planteado por Günther que se pregunta:

---

<sup>28</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 231. Günther distingue entre la descripción de las *circunstancias de un caso* (*Sachverhaltbeschreibung*) y la *completa descripción de un caso* (*Situationsdeutung*). La primera categoría está formada por proposiciones verdaderas (luego hay que discernir entre enunciados verdaderos y falso); a la segunda categoría pertenecen proposiciones verdaderas *relevantes* para el caso en concreto (cfr. K. GÜNTHER, “Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral”, citado, p. 49).

<sup>29</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 231.

<sup>30</sup>Cfr. K. GÜNTHER, “Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification”, citado, p. 159.

¿De acuerdo a qué criterio pueden ser valoradas normas que colisionan en una situación sin que implícitamente se subsuma una argumentación apropiada en un discurso de justificación?<sup>31</sup>

Es decir, ¿de acuerdo a qué criterio se puede describir una situación de aplicación que permita de un lado, determinar los aspectos relevantes, y que impida, de otro lado, que tal actividad se convierta en una justificación sobre la validez de las normas<sup>32</sup>? Este interrogante no es en absoluto gratuito si se tiene en cuenta que criterios tales como la *regla de superioridad* de Baier<sup>33</sup>, o los *principios de optimización* de Alexy<sup>34</sup> no sirven tanto a la aplicación de normas cuanto a su justificación<sup>35</sup>.

Rechaza Günther los criterios materiales (que deberían a su vez ser objeto de un discurso de aplicación<sup>36</sup>) y adopta en su lugar un criterio formal que responda a la lógica del discurso de aplicación: el principio de *coherencia*.

La *coherencia* a la que se refiere Günther, no es un criterio de valoración sino que más bien resume una relación: la que debe existir entre la norma, el resto de normas que *prima facie* eran aplicables a un caso y finalmente, la completa descripción de la situación.

<sup>31</sup>K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 240.

<sup>32</sup>La distinción entre discurso de justificación y de aplicación, incide de nuevo en la imposibilidad de resolver problemas propios de un discurso, en este caso el de la descripción de caso, siguiendo el procedimiento de otro discurso.

<sup>33</sup>Para Baier, el razonamiento práctico consiste en una deliberación a dos niveles: el primero sobre los hechos (*the surveying of the facts*) que descubre los pro y contras de una acción, y el segundo sobre las (mejores) razones en pro y en contra para actuar (*weighing*). Es en este segundo nivel de la deliberación, donde habrá que sopesar las distintas razones a fin de actuar según la *mejor*. Para ello se emplean las denominadas reglas de superioridad: creencias sobre la superioridad de una razón sobre otra, ya sea dentro del mismo tipo de razón o entre tipos distintos (cfr. K. BAIER, *The Moral Point of View. A Rational Basis of Ethic*, Random House, New York, 1965, p. 35). Así, las razones de interés propio son superiores a las razones de placer; las razones de intereses a largo plazo son superiores a las de corto plazo; las razones jurídicas, morales o religiosas son superiores a las razones de intereses.

<sup>34</sup>Puesto que los principios cuentan con una estructura abierta y conectiva —dice Alexy— es posible relacionarlos a la situación concreta. De esta manera, no un principio (el mejor una vez aplicada la regla de superioridad, como defendería Baier) sino una combinación de principios justificaría la acción: la mayor importancia de un principio depende de la menor importancia de otro. La combinación óptima de principios (no la superioridad de uno respecto a otro) será lo que justifique la acción (véase R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985, pp. 100 y ss.). Véase del mismo autor "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie*, 1987, pp. 405 y ss.

<sup>35</sup>Estos principios dan prioridad a unos aspectos sobre otros, de manera que "determinan —según Günther— no sólo la aplicación de una norma sino también su justificación o su validez dependiendo de su posición en el balance con otras normas (cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 245).

<sup>36</sup>*Ibidem*, p. 241.



Una norma en todas sus variantes semánticas y en relación con otras normas aplicables sea adecuada a la situación descrita completamente<sup>37</sup>.

Tanto la adecuación de la norma a una completa situación, cuanto la coherencia de la norma y los aspectos relevantes de una situación, carecen de un contenido material. Más bien resume las relaciones entre la norma y la situación descrita completamente (en el caso de la adecuación) y entre la norma adecuada, el resto de normas aplicables y la situación descrita (en el caso de la coherencia).

Los mencionados principios de adecuación y coherencia determinarán en el caso del Dr. Ravic qué norma aplicar de las dos válidas que están en conflicto, dependiendo de cual sean los aspectos morales de una situación que se consideran más destacables. Si la situación es descrita como “una persona debe garantizar su propia seguridad aunque sea en detrimento de socorrer a una persona malherida”, entonces la norma adecuada es N2 según la cual “hay que asegurar la seguridad”. Si por el contrario la situación se describe como “se debe asistir a un herido grave aunque ello vaya en detrimento de la propia seguridad”, entonces la norma adecuada será N1 según la cual “hay que socorrer a los heridos”<sup>38</sup>.

Para justificar el aspecto más relevante de la situación, que en el caso del Dr. Ravic es su atención profesional a la accidentada, el criterio de coherencia justificará el mismo. De nuevo se trata de una relación entre la norma adecuada (hay que socorrer a un herido grave), las normas que resultaban también aplicables (hay que asegurar la propia seguridad) y la descripción de la situación (hay que ayudar a un herido grave aunque sea a riesgo de la propia seguridad)<sup>39</sup>.

**De la consistencia semántica** Si bien la anterior descripción es la actividad central del discurso de aplicación de las normas, queda aún la subsunción de la norma adecuada al caso concreto. Es decir, falta por comprobar la consistencia semántica<sup>40</sup> entre la

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>38</sup> En ningún caso la norma aplicada es *hay que socorrer a los demás aún a riesgo de la propia seguridad* o *hay que garantizar la propia seguridad aunque para ello se omita un deber de socorro* porque ninguna de estas normas aparecían en el conflicto inicial, además del hecho, dice Günther, de que son normas superfluas (*ibidem*, p. 244).

<sup>39</sup> Remarque pondrá al protagonista de su novela en una situación similar a la descrita, aunque esta vez tiene lugar en un bar. En este caso, sin embargo, Ravic decide que el aspecto más relevante de la situación es “evitar poner en peligro su vida”, especialmente cuando después de su última hazaña fue descubierto por la policía francesa y estuvo a punto de ser conducido a un campo de concentración.

<sup>40</sup> Esta actividad está ordenada según el mencionado principio de universalidad semántica que en el discurso de aplicación es reconducido a una regla de consistencia. Su función es permitir, primero, el

descripción contenida en la norma adecuada y la completa descripción de la situación. Este problema de consistencia no es sino un problema de interpretación del sentido de la norma, de las palabras de la norma. Volviendo al ejemplo del Dr. Ravic, se puede sostener que dar a conocer la verdadera identidad del Dr. Ravic no significa poner en peligro su seguridad, o que la obligación de prestar ayuda a un herido recae especialmente sobre los médicos mientras que los demás estaríamos exentos de tal obligación. ¿Cómo interpretar quien está obligado a prestar ayuda? ¿Cómo interpretar que la propia seguridad está en peligro?

La solución de tales problemas de interpretación viene de la mano de las denominadas *reglas del uso de la palabra* (*word usage rules*) o reglas de interpretación. éstas postulan la identidad semántica de los términos usados en la norma y en la descripción de la situación<sup>41</sup> concentrado en su adecuada aplicación. Como correctamente advierte Günther, la aplicación (adecuada) de las normas no puede reducirse a esta identidad semántica. Una simplificación tal supondría un fatal error para el razonamiento práctico por dos razones. En primer lugar porque la relevancia de los aspectos de una situación estarían predeterminados por lo que la norma considere como tal. Es decir, se considerarán como relevantes sólo los aspectos de una situación que coincidan con los recogidos en la situación descrita por la norma sin que tal elección resulte justificada. En segundo lugar, la reducción de la aplicación de la norma a una cuestión de consistencia semántica significa una confusión entre la actividad de justificación y de aplicación de la norma, e incluso se antepone la segunda a la primera.

Concluye así la primera tesis de Günther, que refuta la concepción monista del razonamiento práctico y en su lugar elabora un modelo discursivo dualista, según el cual,

Un enunciado normativo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación<sup>42</sup>

---

paso de una situación a la descripción de la norma, y segundo, el paso a la conclusión de la misma, es decir, a los efectos y consecuencias previstas.

<sup>41</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 232. Al igual que otras reglas, las del uso de la palabra son objeto de un discurso sobre su validez, cosa que está fuera del alcance del discurso de aplicación. En el discurso jurídico, la justificación de estas reglas se realiza mediante los precedentes, los principios de la doctrina o los cánones de interpretación; en el discurso moral estas reglas sólo pueden justificarse mediante otras normas válidas.

<sup>42</sup>K. GÜNTHER, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", traducido por J. C. Velasco Arroyo, en *DOXA*, 1995, p. 303.

## 4.5 La tesis sobre el discurso jurídico

La manera con la que Günther comienza el desarrollo de esta segunda tesis en relación al razonamiento jurídico, es de lo más prometedora, al menos para un teórico del derecho:

El papel de los discursos de aplicación en sistemas jurídicos institucionalizados es más complejo que en los casos de evaluaciones morales, si bien ambos presentan la misma estructura<sup>43</sup>.

A pesar de esta anunciada complejidad, el contenido del discurso jurídico recibirá un tratamiento parco, que en cierta manera decepciona al estudioso. Efectivamente, creo que esta parte de la obra de Günther adolece en primer lugar, de una brevedad injustificada y en segundo lugar, de una obscuridad que aunque sea la tónica general en toda su obra, se agrava (si es posible) por lo escueto de sus reflexiones sobre el discurso jurídico<sup>44</sup>.

Básicamente, Günther traslada su anterior tesis de la distinción entre justificación y aplicación de las normas morales al discurso jurídico. Su punto de partida será el carácter discursivo del mismo y su conclusión la necesidad de introducir el discurso de aplicación para explicar el contenido del discurso jurídico<sup>45</sup>. La nueva tesis de Günther se puede resumir así: el discurso jurídico es un discurso de aplicación, con las particularidades propias de su objeto (el derecho). Con ambas ideas se quiere, fundamentalmente, criticar la *tesis del caso especial* de Alexy cuestionando, en primer lugar, que el derecho pueda completar el razonamiento práctico general (es decir, que permita superar sus límites); y negando, en segundo lugar, que el razonamiento judicial pueda ser un caso especial del discurso práctico general (es decir, que exista una necesaria conexión entre el derecho y la moral).

Para reconstruir la tesis de Günther y dar cierta sistematicidad a las concretas pero dispersas menciones que hace a lo largo de su investigación, propongo las siguientes tres ideas-guía: (1) el carácter discursivo del razonamiento jurídico; (2) la distinción entre

---

<sup>43</sup>K. GÜNTHER, *The Pragmatic and the Functional Indeterminacy of Law*, en *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, editado por Ch. Jörges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 441-442.

<sup>44</sup>Esta brevedad y obscuridad no pretenden ser sólo una crítica de estilo. Como más adelante sostendré, la obra de Günther dedicada al discurso jurídico como discurso de la aplicación de normas adolece de una constante confusión de conceptos tales como la distinción entre validez discursiva y validez jurídica, o entre normas morales y normas jurídicas, sin olvidar una carencia que a mi entender es más grave: la explicación de la lógica del discurso jurídico a la luz de la introducción del principio de adecuación en el mismo.

<sup>45</sup>Este discurso será también ajeno a la justificación o validez de las normas jurídicas.

discurso práctico general y discurso jurídico o entre validez discursiva y validez jurídica; y finalmente, (3) la introducción del principio de adecuación en el discurso jurídico, es decir, la distinción, dentro del razonamiento jurídico, entre discurso de justificación y discurso de aplicación.

**El carácter discursivo del razonamiento jurídico** Al igual que Habermas, Günther sostiene que el discurso jurídico está fundado en el discurso moral (discurso práctico general) y que por lo tanto comparten la misma estructura<sup>46</sup>. Ambos son procedimientos de deliberación (ya sea moral o jurídica) en el que participan los miembros de una comunidad (la moral o la jurídica) y que pretende no tanto llegar a una conclusión determinada sobre qué se debe hacer, cuanto recoger aquellas normas (morales o jurídicas) que tienen que formar parte de la deliberación en un caso concreto<sup>47</sup>.

**La distinción entre discurso general práctico y discurso jurídico** Sin embargo, a pesar de que el razonamiento jurídico tenga una estructura discursiva, la particularidad de su objeto, del derecho, explica las diferencias entre ambos<sup>48</sup>. Günther enumera las diferencias entre el discurso práctico general y el jurídico: en primer lugar, las normas jurídicas no tienen un carácter universal en tanto que su validez discursiva está limitada a un concreto sistema jurídico nacional; en segundo lugar, a diferencia del discurso moral, en el discurso jurídico las instancias de decisión autorizadas están vinculadas a una pretensión de validez jurídica en la fundamentación de sus decisiones; y, en tercer lugar, la fuerza vinculante de las decisiones jurídicas está garantizada gracias a la coacción y autoridad legítimas<sup>49</sup>.

Antes de profundizar en la distinción entre discurso práctico general y discurso jurídico (o entre moral y derecho si se quiere) conviene, así lo hace Günther, justificar la introducción misma del derecho en el ámbito de la deliberación práctica.

En una deliberación moral los participantes tienen en cuenta las normas (morales) porque arropan la expectativa de que los demás también lo hacen, es decir, la "base" de la deliberación moral es la *relación intersubjetiva de reconocimiento mutuo* entre los partici-

---

<sup>46</sup>Cfr. J. HABERMAS, *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*, traducido por C. Cronin, Polity Press, Cambridge, 1993, p. 89.

<sup>47</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Alexy's "Special-Case Thesis", en *Ratio Juris*, 1993, p. 149. Esta cualidad del discurso se denomina "reducción de lo discursivamente posible".

<sup>48</sup>Véase J. HABERMAS, *Justification and Application*, citado, p. 89.

<sup>49</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral", citado, pp. 68 y 69.

pantes<sup>50</sup>. Junto a esta ausencia de imposición de normas morales, la deliberación práctica general se caracteriza, en primer lugar, por una ausencia de límites temporales y de conocimiento que permite a los participantes discutir sin que estén compelidos a alcanzar un consenso o lograr un resultado y, en segundo lugar, por una ausencia de coacción que impide, lograda una solución, garantizar su cumplimiento.

A partir de aquí se pueden desarrollar dos líneas de argumentación. De un lado se puede sostener que la deliberación práctica tiene lugar en una situación real de deliberación, por lo que el reconocimiento intersubjetivo mutuo, la ausencia de restricciones temporales y de conocimiento así como la ausencia de coacción deben ser considerados *límites* del discurso práctico. Se dice entonces que la deliberación práctica general en circunstancias reales padece una indeterminación cognitiva y debilidad motivacional (incapacidad de lograr un resultado e incapacidad de garantizar su cumplimiento respectivamente) que justifica la introducción del derecho. Así, concluye esta línea de argumentación, el elemento funcional y coactivo del derecho *completa* el discurso práctico general<sup>51</sup>, ayudando a éste a superar sus propios límites.

La otra línea de argumentación que es la adoptada por Günther, considera que el reconocimiento intersubjetivo mutuo, la ausencia de restricciones temporales y de conocimiento y la ausencia de coacción son las características (no los límites) del discurso práctico general, y que por tanto indican que éste sólo puede llevarse a cabo en una situación ideal de deliberación. Un discurso bajo condiciones de deliberación reales no puede entenderse, según parece, como un discurso práctico general con límites, sino más bien como un discurso distinto. Para esta forma discursiva determinada por la situación real de deliberación, se exige la introducción del derecho cuyos aspectos funcionales y coactivos no completan el discurso práctico general. En definitiva, concluye Günther, es la determinada situación de deliberación real (y no los límites del discurso práctico general) lo que justifica la introducción del derecho.

Si Günther no siguiera adelante con su razonamiento todo parecería indicar que más que hablar de discurso práctico general y discurso jurídico, la oposición relevante sería aquella entre el discurso ideal y el discurso real. Afortunadamente, una vez justificada la introducción del derecho en la deliberación práctica, Günther ofrece un criterio de

---

<sup>50</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Alexy's "Special-Case Thesis", citado, p. 149.

<sup>51</sup>Es el caso de McCarthy, para quien el derecho *completa* la deliberación moral porque elimina la indeterminación cognitiva y la debilidad motivacional de la que adolece el discurso práctico (cfr. T. MCCARTHY, "Practical Discourse on the Relation of Morality to Politics", en *Ideals and Illusions: On Reconstruction and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*, MIT Press, Cambridge, 1991, p. 196).

distinción entre ambas formas discursivas que disipa el anterior equívoco. Se trata del *criterio de corrección o de validez moral o jurídica* de uno u otro discurso.

En el razonamiento jurídico (el del legislativo es más ejemplificativo), incluso si éste tiene lugar en condiciones cercanas a una situación ideal del discurso, no sólo se tendrán en cuenta los principios o reglas del discurso<sup>52</sup> sino también otras *razones pragmáticas*<sup>53</sup> como los programas y fines que persigue una determinada comunidad jurídica<sup>54</sup>.

La valoración de programas y fines en un discurso práctico modifica, según Günther, el criterio de corrección del mismo. No se delibera sobre *lo que debe ser para todos* en términos universales, sino sobre *lo que es bueno para una determinada comunidad jurídica*. También modifica el concepto de validez o de aceptación de las razones aducidas en uno u otro discurso. Mientras que en la deliberación moral, la validez de las normas depende de la aceptación por todos los afectados que participan en una deliberación regulada por las *reglas y principios discursivos* universales, en el caso de la deliberación jurídica, sin embargo, la validez de las normas depende de su aceptación por los miembros de una determinada comunidad jurídica en la base de un *procedimiento institucionalizado*, es decir, regulado por normas jurídicas. Sólo una deliberación institucionalizada podía dar cabida a la consideración de razones pragmáticas (que en el discurso práctico general quedan fuera de toda deliberación por incumplir el requisito de universalidad); sólo una deliberación institucionalizada es compatible, además, con las condiciones reales en las que tiene lugar el discurso jurídico.

Las normas jurídicas tienen que ser positivamente válidas y su validez depende de si han sido o no el resultado de procedimientos legítimos<sup>55</sup>.

El criterio de validez jurídica atribuye a estos procedimientos legítimos un carácter

---

<sup>52</sup>Entre estos el principio de universalidad que no es una regla más del discurso sino el verdadero centro de la deliberación moral.

<sup>53</sup>Cfr. J. HABERMAS, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*, citado, p. 155.

<sup>54</sup>*Ibidem*, p. 37. Para Habermas el hecho de que en el razonamiento jurídico se consideren además de los principios y reglas del discurso, los programas y fines de una comunidad jurídica, no justifica en absoluto la tesis del caso especial, sino que más bien confirma la distinción entre el discurso práctico general y el discurso jurídico como dos formas discursivas con criterios de corrección diversos. En el mismo sentido, Habermas sostiene en su último libro, *Between Facts and Norms*, que el discurso jurídico pueda ser entendido como un caso especial ni del discurso de aplicación —refutando así a Günther— ni del discurso de justificación (véase J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, citado, Capítulo 5).

<sup>55</sup>K. GÜNTHER, *The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law*, en *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, editado por Ch. Jörges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989 p. 448. Estos procedimientos legítimos son, en los sistemas jurídicos continentales, los legislativos y en los sistemas de derecho común habrá que añadir los de creación de precedentes judiciales.

eminentemente institucional, de manera que no sólo es un criterio de justificación de las normas jurídicas, sino que además cumple las siguientes funciones:

- La primera es que “hace que sea institucionalmente obligatorio el tomar ciertas razones en consideración”. éstas serán las normas jurídicamente válidas establecidas por el procedimiento legislativo de una específica comunidad jurídica.
- La segunda función es la de “distribuir y definir los papeles de los participantes en el procedimiento jurídico, así como la forma en la que las razones jurídicas son introducidas en el procedimiento de decisión judicial”. Se refiere a la regulación de cómo las razones jurídicas, de consideración obligatoria, tienen que usarse en el razonamiento judicial<sup>56</sup>.

Resumiendo, el razonamiento jurídico basado exclusivamente en normas jurídicas válidas cuyo criterio de validez jurídica determina *qué* razones pueden considerarse (sólo las que resulten del procedimiento legítimo) y *quienes* y *cuando* pueden participar en el discurso jurídico (tanto legislativo como judicial). Los efectos que el anterior concepto de validez (aceptación por una comunidad jurídica de las normas elaboradas en un procedimiento legítimo) tienen para el discurso práctico pueden resumirse en la *institucionalización* del discurso práctico jurídico.

A pesar de estas limitaciones impuestas al discurso práctico por medio de la introducción del derecho, Günther sostiene el carácter discursivo del razonamiento jurídico. En concreto ofrece dos razones: en primer lugar, se trata de una deliberación sobre la *fundamentación* de las decisiones, fundamentación que además de la lógica necesita *razones* jurídicas que vienen a justificar la decisión; y, en segundo lugar, se trata de una deliberación imparcial, de manera que las normas procedimentales quieren evitar la monopolización de la discusión para satisfacer intereses individuales concretos<sup>57</sup>.

**El discurso jurídico como discurso de justificación y como discurso de aplicación** Justificada, finalmente, la introducción del derecho en el ámbito de la deliberación práctica y elaborado un criterio de distinción entre discurso práctico general y discurso jurídico (el mencionado criterio de validez jurídica), resta ahora abordar el núcleo de la tesis de Günther: la distinción, dentro del discurso jurídico, de una actividad de justificación y otra de aplicación de las normas jurídicas.

<sup>56</sup>Para lo relativo a las funciones de la validez jurídica véase K. GÜNTHER, “Critical Remarks on Alexy’s “Special-Case Thesis”, citado, pp. 155–156.

<sup>57</sup>Cfr. K. GÜNTHER, “Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral”, citado, p. 71.

Sostener tal distinción y, sobre todo, sostener que el razonamiento judicial es un discurso de aplicación, es arremeter definitivamente contra la tesis de Alexy en relación a la necesaria conexión entre el discurso práctico general y el discurso práctico jurídico.

La argumentación retoma el aspecto institucional del discurso jurídico y en concreto la obligación (también institucional) de tener en cuenta sólo las normas jurídicas válidas que:

exoneran a los ciudadanos de demostrar que la razón jurídica a la que él o ella se refiere es legítima<sup>58</sup>.

El razonamiento jurídico, por lo tanto, está basado en normas cuya validez jurídica se presupone y no se cuestiona<sup>59</sup>, en otras palabras, la validez de las normas jurídicas, una vez elaboradas según un procedimiento legítimo, no es objeto de deliberación. Lo anterior tiene una inmediata consecuencia para la lógica del discurso jurídico y particularmente para el razonamiento judicial: éste no está orientado a la justificación de las razones consideradas puesto que estas razones, las normas jurídicas, ya han sido justificadas por el procedimiento legislativo, es decir, son razones válidas<sup>60</sup>.

El concepto de validez jurídica conduce así al centro de la tesis de Günther: la actividad judicial no puede considerarse una forma del discurso de justificación puesto que las cuestiones de validez (jurídica) son irrelevantes. Entonces es el caso de *introducir el discurso de la aplicación de las normas* para explicar el razonamiento judicial<sup>61</sup>.

De esta manera, al igual que ocurría en el discurso práctico general, en el ámbito

---

<sup>58</sup>K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Alexy's "Special-Case Thesis", citado, p. 154. Implícita queda la distinción entre el procedimiento legislativo y el judicial sobre la que incidiré más adelante.

<sup>59</sup>*Ibidem*, p. 152.

<sup>60</sup>Otro argumento esgrimido por Günther en favor del contenido no justificativo del discurso jurídico (judicial) es la ya mencionada indeterminación cognitiva de las normas, o mejor, la introducción del derecho para la eliminación de esta indeterminación. El discurso jurídico, se argumenta, a diferencia del discurso práctico general, tiene que dar una respuesta de qué es lo que se debe hacer en un caso concreto, así como garantizar el cumplimiento de la misma. La idea de la indeterminación cognitiva, señala Günther, no es sin embargo una exclusiva del discurso práctico general, pues tampoco las normas jurídicas determinan qué se debe hacer en un caso concreto. En definitiva, la indeterminación cognitiva es un problema de toda aplicación de las normas, sean estas morales o jurídicas (*ibidem*, p. 148).

<sup>61</sup>Esta tesis no ha recibido tanta atención como la inicial tesis de Günther sobre la distinción entre el discurso de justificación y de aplicación. Para el caso del razonamiento jurídico, Günther se limita indicar que en el discurso jurídico la validez de las normas se presupone y no se cuestiona. Creo que éste es uno de los puntos débiles de la propuesta de Günther, que descubre un análisis superficial sobre el mismo concepto de validez jurídica, su relación (si existe) con la validez moral y finalmente su función en el razonamiento jurídico.



de la deliberación jurídica también habrá que distinguir dos formas discursivas<sup>62</sup>. De un lado, el discurso de justificación de las normas jurídicas cuya pretensión es la validez jurídica de las normas: éstas deben ser aceptadas por una concreta comunidad jurídica y según un proceso legítimo que permita la consideración de razones pragmáticas. De otro lado, el discurso de la aplicación de las normas jurídicas válidas, cuya pretensión de corrección será la adecuación de la norma a los aspectos y circunstancias relevantes del caso concreto<sup>63</sup>. Las cuestiones de validez (jurídica) son del todo irrelevantes para la actividad de aplicación de las normas. Ambas formas discursivas corresponden a los procedimientos jurídicos institucionalizados legislativo y judicial.

A partir de ahora, y siguiendo a Günther, habrá que referirse al razonamiento jurídico como dos discursos institucionalizados (el legislativo y el judicial) a través de los cuales las normas jurídicas serán justificadas (primero) y aplicadas (después). Sólo gracias a estas dos formas discursivas, complementarias entre sí, se puede entender que el derecho pueda ser alterado sin perder su legitimidad, o que la validez de las normas jurídicas sea compatible con su permanente cambio debido a la adaptación a situaciones concretas<sup>64</sup>.

## 4.6 La lógica del discurso jurídico como discurso de aplicación

En principio, la lógica del discurso jurídico como discurso de aplicación no difiere de la del discurso práctico general. La actividad de aplicación da comienzo cuando se plantea un *conflicto de normas jurídicas válidas*, es decir, cuando al considerar una situación concreta de aplicación es posible aplicar al menos dos normas (válidas) que alcanzan resultados incompatibles entre sí. De esta definición conviene destacar, en primer lugar, que se trata de un conflicto entre normas válidas, y que por lo tanto su solución no puede venir de la mano de una actividad justificativa. En segundo lugar, puesto que el conflicto se origina al considerar un caso concreto será la completa descripción del mismo la que permita solucionarlo<sup>65</sup>. El objetivo del discurso de aplicación (y esto vale tanto para el discurso

---

<sup>62</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 253.

<sup>63</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Alexy's "Special-Case Thesis", citado, p. 153.

<sup>64</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "The Idea of Impartiality and the Functional Determinacy of the Law", en *Northwestern University Law Review*, 1989, p. 171.

<sup>65</sup>Se podría decir que una norma jurídica (las normas jurídicas en situación de conflicto) es indeterminada en tanto que no contiene referencia alguna a una situación concreta de aplicación. En este sentido, la indeterminación de las normas no es un problema de su estructura sino que concierne a su adecuada aplicación del caso concreto (cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 274). Günther

práctico general como para el jurídico) será determinar cual de las normas válidas en conflicto es la *adecuada* al caso concreto, una vez que éste ha sido descrito en sus aspectos relevantes<sup>66</sup>.

Lo que sí es específico del discurso jurídico de aplicación es el concepto de *adecuación*, que se tiene que interpretar en relación a:

- la *aplicación de las normas* jurídicas válidas, es decir, sólo son objeto del discurso jurídico de aplicación las normas jurídicas válidas;
- los diferentes problemas de *justificación de las decisiones judiciales* o de las normas jurídicas<sup>67</sup>. En otras palabras, la adecuada aplicación de una norma jurídica (general) determina la justificación de la decisión judicial (la norma jurídica individual).

Para *aplicar* una norma jurídica, es decir, para construir su relación de adecuación al caso concreto, Günther propone el análisis de dos teorías: la hermenéutica y la teoría de Dworkin.

- Para la teoría hermenéutica, un texto (una norma jurídica) no se puede entender independientemente de la situación de su interpretación. Por eso la interpretación es descrita como un constante ir y venir entre la premisa mayor y las circunstancias de la vida<sup>68</sup>. La objeción de Günther a esta tesis es que lo que se determina con la interpretación de las normas, con este ir y venir, no es la propia aplicación de la norma al caso concreto, sino su significado en el contexto en el que tiene lugar la interpretación<sup>69</sup>. La determinación del significado ambiguo, vago, abierto o carente de valor de una norma, necesitará como instrumentos lo que Günther denomina reglas sobre el uso de las palabras. A esta categoría pertenecen los cánones interpretativos, los precedentes y los principios de la doctrina legal. éstos se limitan a

---

quiere así destacar, la importancia que el caso concreto, su descripción completa, tiene para la aplicación también de las normas jurídicas.

<sup>66</sup>La actividad de aplicación aglutina dos actividades distintas, una de descripción (*Sachverhaltbeschreibung*) y otra de justificación de la elección de unos aspectos (los relevantes) en detrimento de otros (*Situationsdeutung*).

<sup>67</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Alexy's "Special-Case Thesis", citado, p. 155. El discurso de aplicación, es un discurso que concierne "la justificación de una norma singular en un caso concreto" (K. GÜNTHER, "Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas", en *European Journal of Philosophy*, 1995, p. 48).

<sup>68</sup>La metáfora recogida por Günther es de K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg Universität Verlag, Heidelberg, 1943, p. 15.

<sup>69</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 275.

la justificación interna de las normas (de su significado) sin que logren justificar la selección de los aspectos relevantes de un caso concreto, es decir, la descripción del mismo.

- Por este motivo, Günther recurre al principio de integridad de Dworkin. Este principio tiene la cualidad de explicar “la idea de una consideración imparcial de todos los aspectos relevantes de una situación”<sup>70</sup>. Pero Günther interpreta estos “aspectos relevantes” no como elementos fácticos sino principalistas: la indeterminación de las normas jurídicas desaparece cuando éstas se remiten a los derechos o argumentos principalistas ajenos al sistema de derecho positivo<sup>71</sup>. El juez, sostiene Günther siguiendo a Dworkin, “personifica la comunidad cuando interpreta y aplica el derecho”<sup>72</sup>.

Günther no ha interpretado el principio de integridad de Dworkin como una regla semántica o como una regla de consistencia de la interpretación, según la cual las normas se aplican de manera similar en casos iguales. Más bien, lo entiende como:

un concepto relacional que prescribe la compatibilidad de una decisión con todos los posibles principios<sup>73</sup>.

El principio de integridad es interpretado por Günther como el principio de adecuación del discurso de aplicación jurídica (el razonamiento judicial)<sup>74</sup>. Como tal principio, permite una relación entre el conjunto de derechos que se aplica y los principios sobre los que descansa la comunidad política: el derecho (ley y precedentes) se aplica de forma igual a casos semejantes a la luz del conjunto coherente de principios<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> K. GÜNTHER, “Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas”, citado, p. 45.

<sup>73</sup> K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 278. Se refiere a los principios de una comunidad política.

<sup>74</sup> Günther suaviza —según sus palabras— la radicalidad del concepto de coherencia de Dworkin al reconducirla como regla de argumentación para los discursos de aplicación (cfr. K. GÜNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, citado, p. 302). Esta adaptación significa, en primer lugar, que el principio de coherencia no podrá ser aplicado por un único individuo, aunque éste sea “Hércules”, sino por una estructura discursiva de deliberación. Es decir, el principio monológico ofrecido por Dworkin viene reconducido y definido como principio discursivo (del discurso de aplicación). En segundo lugar, el principio de coherencia sirve sólo a la aplicación de las normas, abandonado así la pretensión de fundamentar también la su corrección.

<sup>75</sup> Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 283.

De esta interpretación del principio de integridad como principio de coherencia, quisiera destacar dos aspectos fundamentales para elaborar una crítica razonable a la teoría de Günther. Me refiero, en primer lugar, al carácter no fáctico sino principalista que cobra la descripción del caso concreto; y en segundo lugar, al uso restringido de este principio en la aplicación de las normas jurídicas y no en la justificación de las mismas.

## 4.7 El papel de los precedentes en el discurso de aplicación jurídica

El concreto uso de los precedentes judiciales en el razonamiento jurídico depende de cómo se describa su contenido: ya como actividad justificativa ya como actividad de aplicación de normas. Si una proposición del tipo “la eutanasia está castigada salvo en casos de estado de necesidad” se considera como una norma jurídica nueva, entonces su contenido normativo tiene que justificarse y el uso de los precedentes judiciales apuntará a tal justificación; si por el contrario se interpreta como la completa descripción de un caso concreto de aplicación, entonces no hay que justificar su contenido normativo sino la elección de los aspectos relevantes y a ésta elección coadyuvarán los precedentes.

Para el razonamiento jurídico interpretado como actividad justificativa (la propuesta de Alexy), los precedentes judiciales sirven a la fundamentación de las normas jurídicas. Muy brevemente, ya que será objeto de otro capítulo, este discurso de justificación tiene como núcleo del mismo el principio de universalidad, interpretado semánticamente. Es decir, es una regla que garantiza la consistencia lógica del hablante<sup>76</sup>. Los precedentes judiciales resumen perfectamente el contenido de este principio discursivo, es decir, garantizan la consistencia del juez que deberá tratar casos iguales (en lo relevante) de forma similar. El juez que fundamente su decisión utilizando un precedente (tanto para seguirlo como para apartarse de él) justifica discursivamente la nueva norma según el principio de universalidad. Los precedentes son, para esta actividad justificativa, nada menos que una regla que fundamenta la validez de la decisión judicial<sup>77</sup>.

Para la actividad judicial entendida como de aplicación de las normas (la propuesta de

---

<sup>76</sup>Si se dice que “a es rojo” el hablante deberá sostener que todo lo similar a a en sus aspectos relevantes es rojo.

<sup>77</sup>Concretamente, Alexy se refiere a ellos como *técnicas argumentativas* que fundamentan tanto un tratamiento similar como desigual, en cuyo caso se exige la justificación de la diferencia (véase R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 260-266).

Günther), los precedentes pierden su cualidad de reglas del discurso de aplicación<sup>78</sup>. La razón se encuentra en el mismo contenido de la actividad de aplicación, que no persigue la justificación de las normas sino su adecuada aplicación al caso concreto, y que por lo tanto, está regulada por el principio de *adecuación* y no por el de universalidad.

Ahora bien, que los precedentes no tengan en el discurso de aplicación un papel protagonista como el atribuido por el discurso de justificación, no significa que sean irrelevantes para el razonamiento jurídico. Günther los considera como un instrumento que neutraliza la indeterminación de las normas<sup>79</sup>.

La administración judicial y la jurisprudencia elabora "interpretaciones de vanguardia" que llevan la suma total de las normas válidas a un "sistema" coherente y las adapta a los tipos específicos de situaciones de aplicación<sup>80</sup>.

Los precedentes, junto a la doctrina jurídica y los cánones de interpretación, ayudan a superar la indeterminación de las normas<sup>81</sup> en su sentido hermenéutico, es decir, sirven para aclarar el significado confuso o vago de las normas jurídicas. Günther se refiere a ellos como reglas sobre el uso de la palabra (*word's usage rule*) o cánones de interpretación. Su estructura es la misma que la descrita para la regla semántica (el principio de universalidad semántico): para sujetos similares en lo relevante hay que sostener predicados iguales.

Este uso de los precedentes como cánones de interpretación debe ponerse en conexión con el contenido mismo del discurso de aplicación: la justificación coherente de la descripción de una situación concreta:

Así —dice Günther— se podrían entender los cánones de la interpretación como reglas que prescriben la consideración de principios en la implantación de un significado<sup>82</sup>.

Los precedentes, según esta última consideración de Günther, no sólo aclaran el significado de las normas, sino que establecen criterios o principios que guían la oscura tarea de describir, en sus aspectos relevantes, una situación de aplicación. Parece así que se sitúen en el núcleo mismo del discurso de aplicación, siendo esta forma discursiva la que explique el papel e importancia de las decisiones anteriores.

<sup>78</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Critical Remarks on Alexy's 'Special-Case Thesis'", citado, 155.

<sup>79</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law*, citado, p. 449.

<sup>80</sup>*Ibidem*.

<sup>81</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 275.

<sup>82</sup>K. GÜNTHER, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", citado, p. 301.

Esta inicial claridad respecto al uso de los precedentes se desvanece si se aceptan dos críticas dirigidas a la teoría del discurso de aplicación. En primer lugar, es ésta una teoría *vacía*<sup>83</sup>, que no dice qué aspectos de un caso son relevantes para la completa descripción del mismo. Aunque los precedentes, dice Günther, prescriben la consideración de ciertos principios (léase, de ciertos aspectos relevantes), la teoría del discurso de aplicación no dice qué principios son estos. Según esta primera crítica, habría que concluir que el precedente judicial es un instrumento para la aplicación del derecho, pero es un instrumento vacío ya que la teoría del discurso de aplicación no concretiza qué aspectos deben considerarse relevantes, y por lo tanto, a qué principios deben referirse las decisiones precedentes.

En segundo lugar, la teoría del discurso de aplicación es también una teoría *fácil del confundir*<sup>84</sup>, y el uso de los precedentes es especialmente revelador de este defecto. Si, como propone Günther, se aceptara que los precedentes contienen principios que coadyuvan a la solución de un caso concreto, pero también a la solución de casos futuros, tal cosa sería sólo posible si se aceptara que contienen también reglas universales<sup>85</sup>. Estas reglas universales contenidas en los precedentes, deben estar justificadas, es decir, antes de que sean aplicadas, deben ser a su vez objeto de un discurso de justificación. Por eso se puede concluir que toda actividad de aplicación, y particularmente la de aplicación de los precedentes, incluye otra de justificación.

La falta de criterios que den cuerpo a los precedentes como instrumentos de aplicación del derecho, unido a la necesidad de una actividad de justificación que determine la validez de las reglas que contienen, hacen suponer que no sea la teoría del discurso de aplicación el marco adecuado para explicar la relevancia y uso de los precedentes judiciales.

#### 4.8 El discurso de aplicación ¿es realmente un discurso distinto?

Las críticas que presentaré a continuación tienen por objeto la versión débil del discurso de justificación que sostiene Günther, y el contenido del discurso de aplicación a la luz del principio de coherencia como criterio formal. Su objeto será discernir hasta qué punto el modelo de razonamiento práctico jurídico propuesto por Günther explica la función

---

<sup>83</sup>Cfr. R. ALEX, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", en *Cardozo Law Review*, 1996, p. 1032.

<sup>84</sup>*Ibidem*.

<sup>85</sup>Parece que Günther no se opondría a esto, puesto que describe la estructura de los cánones de interpretación, de los precedentes, de forma similar al principio de universalidad semántico.

judicial y el (posible) papel de los precedentes en el razonamiento mismo.

#### 4.8.1 La versión débil del discurso de justificación

La primera tesis del razonamiento de Günther que culmina con la distinción entre discurso de justificación y de aplicación, era precisamente, la definición del primero como un discurso débil. Una norma es válida, dice esta versión débil, si las consecuencias y efectos de su aplicación son aceptados por todos bajo circunstancias que se consideran inalterables<sup>86</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en un discurso de justificación formulado de manera fuerte, la validez de las normas, según su interpretación débil, no depende de su aceptación para cada caso concreto, es decir, no hay que adelantar todas y cada una de las posibles situaciones de aplicación de una norma. Un ejercicio tal es imposible en circunstancias de tiempo determinado y conocimientos limitados. El discurso de justificación (débil) asume así, y este es su gran acierto, las circunstancias reales, en las que tiene lugar, de tiempo y conocimiento limitado.

A pesar de este acierto, Günther genera cierta confusión cuando dice:

No hay, sin embargo, restricciones en relación con las personas admitidas: se le debe permitir la participación en el proceso de validez a todo aquel cuyos intereses puedan ser afectados por la aplicación de una norma<sup>87</sup>.

Parece que Günther adapta el discurso de justificación a las condiciones reales del discurso práctico *sólo de forma parcial* ya que acepta el límite de tiempo y conocimiento pero no el de participación en el discurso práctico. Alexy resume de manera impecable tal contradicción: el discurso de justificación en su dimensión empírica (tiempo y conocimiento) es real, mientras que en su dimensión de participación permanece siendo un discurso ideal<sup>88</sup>.

Una participación ilimitada, como indica Alexy, sólo puede realizarse de manera aproximada<sup>89</sup>. Efectivamente, si una norma se acepta bajo circunstancias inalterables, significa que los afectados por el cumplimiento de la norma sólo pueden determinarse de manera aproximada y no absoluta. Habrá que esperar al caso concreto, a la consideración de sus aspectos relevantes para saber quienes resultarán afectados en sus intereses. Si una

---

<sup>86</sup>Cfr. K. GÜNTHER, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 35.

<sup>87</sup>*Ibidem*.

<sup>88</sup>Cfr. R. ALEXY, "Justification and Application of Norms", en *Ratio Juris*, 1993, p. 159.

<sup>89</sup>*Ibidem*.

participación limitada parece una condición obvia del discurso de justificación, cabe preguntarse entonces, por qué Günther se resiste a aceptarla. La respuesta a esta cuestión concierne, como explicaré a continuación, a la distinción entre discurso de justificación y de aplicación y por extensión a su concepto débil de justificación.

En el discurso de justificación débil, el criterio de validez depende, debo repetirlo, de la aceptación de una norma por *todos* los afectados por su cumplimiento, bajo circunstancias que se consideran inalterables. El efecto de este concepto no es tanto la incorporación de las condiciones reales del discurso a la deliberación sobre la validez de las normas, cuanto la distinción entre un aspecto participativo y otro empírico que luego fundamentarán la distinción entre justificación y aplicación.

En concreto, Günther asocia la participación (ilimitada) de los afectados a la aceptación de la norma y por lo tanto a su validez. Este sentido fuerte de participación contrasta con el aspecto empírico (limitado), que en el discurso de justificación queda reducido a la situación de aplicación considerada sólo en sus circunstancias inalterables. La norma ya es válida, en tanto que aceptada por todos, y la consideración de todos los aspectos de un caso concreto será irrelevante para la justificación. Günther logra así fundamentar la necesidad de introducir un nuevo discurso, el de aplicación, centrado en la deliberación de la concreta situación de aplicación.

Ahora bien, si el discurso de justificación tuviera lugar en condiciones de tiempo, conocimiento y participación limitada (cosa que Günther no acepta), la distinción entre un aspecto participativo (de aceptación) y otro empírico (tiempo y conocimientos limitados) no tendría sentido y por lo tanto, sería irrelevante una distinción entre justificación y aplicación de las normas. En concreto, sería imposible sostener un concepto de validez que estuviera determinado exclusivamente por la aceptación de todos los afectados. Junto a las restricciones de tiempo y conocimiento deberá incorporar también límites en la participación. A este punto, convendría hablar de un discurso real, en lugar de una versión débil de justificación. La distinción relevante para el discurso práctico no sería tanto la de justificación/aplicación, cuanto discurso ideal y discurso real<sup>90</sup>.

Más categórica, si cabe, es la crítica de Weinberger en relación a la oposición entre discurso ideal y discurso real, una constante en toda la filosofía discursiva<sup>91</sup>. Sostiene que los filósofos de la teoría del discurso han (ab)usado la terminología teórica-discursiva pero han dejado de lado la complejidad del discurso real<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup>*Ibidem*, p. 160.

<sup>91</sup>Esta oposición explica la introducción del discurso de aplicación (en el caso de la tesis de Günther) o la *tesis del caso especial* (de Alexy).

<sup>92</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Basic Puzzles of Discourse Philosophy", en *Ratio Juris*, 1996, p. 177.



La *estrategia* utilizada por la teoría discursiva, y esta es una crítica igualmente extensible a Günther y a Alexy, ha sido la de justificar la necesidad de un discurso real mediante el discurso ideal. Es decir, la atención se ha dirigido no a la complejidad del discurso real sino a la elaboración de un modelo comunicativo, el discurso ideal, cuyas condiciones sólo pueden satisfacerse de manera aproximada. En opinión de Weinberger, más que de un discurso definido como el mejor, nos encontramos ante un *discurso imposible*, cuyas condiciones no sólo no pueden realizarse aproximadamente, sino que además fracasa en su intento de dar requisitos indispensables para el discurso<sup>93</sup>.

Efectivamente, las características del discurso ideal, continuación ilimitada de la discusión, participación ilimitada, ausencia de poder, conocimientos universales, y corrección relativa<sup>94</sup> no son realizables de manera aproximada (tal y como sostiene Alexy) y por lo tanto, no pueden servir de requisitos en un discurso como el real en el que se tiene que llegar a un límite, algunas personas no tienen capacidad para participar, no existe ninguna situación libre de poder, los participantes carecen de conocimientos divinos y la posibilidad discursiva es una noción demasiado débil<sup>95</sup>.

#### 4.8.2 El contenido del discurso de aplicación

Si la crítica al discurso de justificación, tal como lo plantea Günther, se apoyaba en la confusión entre condiciones ideales o reales del discurso, la del discurso de aplicación se fundamenta también sobre otra confusión: en este caso entre actividad justificativa o de aplicación. Sostendré que el concepto de coherencia propuesto por Günther deja la puerta abierta a un discurso de justificación *sui generis*.

Como se recordará, en el discurso de aplicación resultaba de capital importancia la descripción completa de la situación a fin de determinar la adecuación de una norma al caso. Utilizando de nuevo el ejemplo del Dr. Ravic, la completa descripción, considerados sus aspectos relevantes, era formulada así: se debe asistir a un herido grave aunque ello vaya en detrimento de la propia seguridad. El principio de coherencia, como principio formal, justifica la elección de unos aspectos (el prestar ayuda a quien la necesita) en menoscabo de otros (gozar de cierta seguridad que en el caso del Dr. Ravic se traduce en evitar caer en manos de la policía francesa y luego en las de la Gestapo). Así descrita la situación, de las normas en conflicto, *hay que socorrer a un herido y garantizar la propia seguridad*, sólo una, la primera, será la adecuada en sus aspectos relevantes a la anterior

---

<sup>93</sup>*Ibidem*, p. 174.

<sup>94</sup>En el sentido de posibilidad discursiva.

<sup>95</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Basic Puzzles of Discourse Philosophy", citado, pp. 174-175.

descripción y por lo tanto, será la norma que resulte aplicada.

Para Alexy una proposición como *hay que socorrer a un herido aunque para ello haya que poner en peligro la propia seguridad* no es tanto la descripción de una situación de aplicación, cuanto una decisión concreta, una norma individual nueva, en tanto que no deriva lógicamente ni de *hay que socorrer a un herido* ni de *no hay que poner en peligro la propia seguridad* y una norma, finalmente, cuyo contenido normativo hay que justificar<sup>96</sup>.

Para Günther, una proposición como *hay que socorrer a un herido aunque para ello se ponga en peligro la propia seguridad* es la descripción de un caso concreto en sus aspectos relevantes, y es, también, una descripción desprovista de carácter normativo alguno<sup>97</sup>.

Eso no significa, lo indica Günther, que tal descripción no necesite justificación. Efectivamente, en el discurso de aplicación hay que justificar la elección de los aspectos (moralmente) relevantes de cada situación. El criterio ofrecido para ello es el de coherencia, entendido como criterio formal<sup>98</sup>. El concepto de coherencia, que representa una relación entre la norma adecuada, el resto de normas aplicables y la situación concreta, no sirve para determinar qué aspectos son relevantes en cada situación. Aquí reside su mayor defecto, que es un criterio vacío. De otro lado, sin embargo, su "metamorfosis" en un concepto material, más útil para determinar la relevancia de los aspectos morales de una situación, no significa sino la transformación del discurso de aplicación en un discurso de justificación.

Una última crítica que se puede dirigir a la teoría del discurso de aplicación es su fracaso a la hora de explicar el contenido de la actividad de aplicación de las normas. Günther indicaba que lo realmente relevante para el discurso de aplicación es el *si* y *cómo* se aplican las norma válidas. Una vez analizada la lógica de este discurso, parece que logre su objetivo sólo a medias. Aunque se aceptara que el discurso de aplicación logra establecer qué norma aplicar, la norma adecuada, la teoría de Günther, sin embargo, se

---

<sup>96</sup>*Ibidem*, p. 165.

<sup>97</sup>Por ello, por la falta de un carácter normativo, el objeto del discurso de aplicación —desde la óptica de Günther— no son las normas individuales, sino las completas descripciones de una caso concreto (*ibidem*, p. 168). Sin embargo, el propio Günther borra una clara distinción entre norma concreta y descripción del caso, y entre justificación y aplicación cuando dice que "el discurso de aplicación y el principio de adecuación sirven a la aplicación de normas válidas y a la justificación de la decisión concreta" ("Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special-Case Thesis', citado, p. 155). La justificación a la que se refiere, con un criterio de coherencia en la lectura de la obra de Günther, habrá que entenderla dirigida a la descripción del caso concreto.

<sup>98</sup>Günther rechaza otros criterios materiales, por considerar que ponen en peligro la exclusividad del discurso de aplicación, en otras palabras, porque permiten la introducción de cuestiones de validez en este discurso.

queda lejos de indicar cómo se debe aplicar esta norma al caso concreto. Aparentemente, resuelve tal carencia refiriéndose a la regla de consistencia semántica y a las reglas de interpretación. Sin embargo, indica que éstas necesitan a su vez ser justificadas en un discurso sobre su validez. Se produce aquí una conexión entre justificación y aplicación que bien podría entenderse como una confusión entre ambas actividades.

## 4.9 Las críticas a la tesis del discurso jurídico como discurso de aplicación

Los comentarios que a continuación sostendré inciden en dos conceptos ya mencionados: el *conflicto de normas jurídicas* y el *principio de adecuación jurídico*. Ambos plantean dudas sobre la corrección de las tesis de separación entre validez discursiva y validez jurídica por un lado y, entre discurso de justificación y de aplicación en el razonamiento jurídico por otro lado. Incluso en la obra de Günther aparecen insinuadas, o no tanto, la necesaria relación entre las formas de validez y de discurso señaladas contradiciéndose a sí mismo en lo que a la tesis de la separación refiere.

### 4.9.1 Sobre el conflicto de normas en el razonamiento jurídico

En el discurso de aplicación, la validez de las normas jurídicas, si han sido elaboradas mediante un procedimiento legítimo, se presupone, es decir no se cuestiona. Para solucionar un conflicto de normas jurídicas (válidas) la actividad de justificación, como he indicado, resulta del todo irrelevante. Esta exclusión tiene consecuencias esenciales para la deliberación práctica. Algunas de ellas ya han sido mencionadas: la distinción entre discurso de justificación y de aplicación de las normas, incluso la distinción entre el discurso práctico general y el discurso jurídico.

Esta exclusión también explica que sea imposible plantear un conflicto de normas válidas de distinto carácter, es decir, un conflicto entre normas morales y normas jurídicas. Efectivamente Günther sólo considera conflictos entre normas discursivamente válidas o entre normas jurídicamente válidas. ésta hipótesis creo que sea más ficticia que real. Existen normas jurídicas que aún siendo producto de un procedimiento legislativo legítimo, es decir, normas jurídicamente válidas, están en claro conflicto con una norma moral aceptada recíprocamente por todos, es decir una norma discursivamente válida. éste es el caso de las leyes discriminatorias.

Tal situación de conflicto parece implantable según la teoría de Günther, pero incluso si se aceptara su posibilidad, es decir, que un aplicador del derecho (un juez) tuviera que resolver un conflicto entre una norma jurídicamente válida y una norma moralmente válida, la teoría de Günther no le sería de gran ayuda. Al excluir de la aplicación del derecho una deliberación sobre la justificación de las normas (su validez jurídica y no digamos su validez moral) se excluye también la posibilidad de solucionar el conflicto, al menos para un juez.

Parece que Günther ha intuitido la anterior crítica cuando dice que si un conflicto no puede solucionarse en un discurso de aplicación,

entonces podría ser el caso de que una de las normas no es universal...  
Entonces, tendríamos que entrar en la justificación de su validez<sup>99</sup>.

Aunque no se especifique el carácter de las normas que provocan este conflicto, su imposible solución se debe a que *una de ellas no ha sido discursivamente justificada*, no es discursivamente válida. Esto significa, en primer lugar, que la validez jurídica de las normas parece depender de su justificación discursiva, y en segundo lugar, que un conflicto, como el que plantea una ley de discriminación racial, sí puede ocurrir e incluso provocar un discurso de aplicación. Lo que sin embargo sigue siendo imposible es que el mismo discurso de aplicación pueda resolverlo porque, en el razonamiento jurídico (como en la deliberación moral), “entrar en la justificación de la validez de las normas” significa abandonar el discurso de aplicación y entrar en el discurso de la justificación. La tesis de Günther carece, finalmente, de cualquier valor para la actividad judicial<sup>100</sup>.

Esta exclusión del discurso de la justificación ha sido especialmente criticada por Dwars<sup>101</sup> que la ha interpretado, en mi opinión, de forma excesivamente estricta. Ella sostiene que la tesis de Günther significa la exclusión del discurso de justificación en el

---

<sup>99</sup>K. GÜNTHER, “Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification”, citado, p. 165.

<sup>100</sup>A esta crítica hay que sumarle la realizada por Alexy y que vale tanto para el discurso de aplicación general como para el jurídico. Sostiene que esta forma discursiva logra determinar qué normas son las que se deben considerar en la deliberación (reduce el espacio de lo discursivamente posible) pero olvida explicar cómo se aplica la norma adecuada, como se subsume ésta en el caso concreto que se ha descrito. Esta consideración incide en el escaso valor que el discurso de aplicación puede tener para los jueces y en general para los aplicadores del derecho. Si es criticable el hecho de que la distinción entre discurso de justificación y de aplicación jurídica obligue a remitir la solución de ciertos conflictos (entre normas morales y jurídicas) a un procedimiento distinto del judicial.

<sup>101</sup>Véase I. DWARS, “Application Discourse and Special-Case Thesis”, en *Ratio Juris*, 1992, pp. 67 y ss.

discurso jurídico. No creo que esta crítica sea del todo adecuada ya que para Günther, en el discurso jurídico tienen lugar tanto el discurso de justificación como el de aplicación de las normas. Sí es criticable, sin embargo, el hecho de que la distinción entre discurso de justificación y de aplicación jurídica, obligue a remitir la solución de ciertos conflictos (entre normas morales y jurídicas) a un procedimiento distinto del judicial.

#### **4.9.2 Sobre el principio de adecuación jurídica**

La segunda crítica que quisiera ofrecer incide en el principio de adecuación y en general en la lógica de la aplicación del derecho propuesta por Günther. Quizás esta sea más ejemplificativa de la facilidad de malinterpretar el discurso de aplicación jurídica como discurso de justificación, o de la necesidad de una relación entre ambos discursos que debilite la tesis de su distinción.

El criterio de corrección del discurso de aplicación es el principio de adecuación. Está definido como una relación de coherencia entre la norma que se aplica y el caso concreto. Para desarrollar el contenido de este principio, Günther recurre al principio de integridad de Dworkin con el que ve un paralelismo. Según este principio un caso concreto se describe por la consideración no de sus aspectos fácticos sino por los principios e intereses de la comunidad política. Lo que significa que para determinar cual es la norma adecuada y justificar la descripción del caso concreto al que se aplica, el juez tiene que relacionar la norma jurídica concreta, es decir, su decisión, con los principios políticos.

Entendida así la aplicación de las normas jurídicas, no solo no se excluye el discurso de justificación sino que incluso tiene cabida en el mismo discurso de aplicación. Primero, al introducir los principios políticos como objeto del discurso se refuta la tesis según la cual el discurso jurídico sólo considera el derecho válido. Segundo, al introducir valoraciones principalistas para describir el caso concreto (y lograr así una adecuada aplicación) se está facilitando una conexión con el discurso de justificación, sin que en ningún momento se haya abandonado el de aplicación.

La necesidad de un discurso de aplicación y del principio de adecuación en el razonamiento jurídico, según sostiene Günther, no es tal si los intereses de una comunidad se valorarán tanto para justificar las normas jurídicas (en el proceso legislativo) cuanto para aplicarlas adecuadamente (en el proceso judicial). Incluso Günther señala esta identidad:

Los intereses tienen que considerarse en la legislación, y también en la aplicación del derecho, que no es un análisis semántico de las premisas de la

decisión, sino una valoración de los intereses<sup>102</sup>.

Existe, por lo tanto, una identidad en el contenido de la justificación y aplicación de normas jurídicas (ambos referidos a la valoración de intereses), por lo que la distinción entre estas dos formas discursivas queda reducida a un criterio institucional.

## 4.10 Conclusiones

En el ámbito del discurso práctico general, la teoría de Günther representa un magnífico esfuerzo por adaptar la actividad discursiva a las condiciones reales de deliberación (si bien sólo de forma parcial en tanto que Günther acepta los límites de tiempo y conocimientos pero no de participación). Esta adaptación no requiere (como propone Alexy) la introducción del elemento institucional del derecho, y sí —he aquí el punto esencial de la obra de Günther— la introducción del discurso de aplicación.

La conclusión última de la teoría de Günther es la distinción dentro del razonamiento práctico general de dos actividades complementarias entre sí: la de justificación y aplicación de las normas. Creo, sin embargo, que esta distinción sea más ficticia que real y que en definitiva fracase el intento de justificar la introducción del discurso de aplicación.

Para aplicar adecuadamente una norma (válida) es necesario (debo reiterar las líneas esenciales del discurso de aplicación) la completa descripción de la concreta situación de aplicación en sus aspectos (morales) relevantes. Sólo esta descripción, sostiene Günther, permite determinar qué norma es la adecuada al caso. La elección de unos aspectos del caso concreto en detrimento de otros debe justificarse según el criterio de coherencia (interpretado como criterio formal). Se llega así a enunciados del tipo *hay que socorrer a un herido aunque ello ponga en peligro la propia seguridad* que no son sino la descripción de un caso que justifica la aplicación de la norma adecuada. En otras palabras, en el caso concreto que he elegido como ejemplo se aplica la norma *hay que socorrer un herido* porque *hay que socorrer a un herido aunque ello ponga en peligro la propia seguridad*. En definitiva, lo que se consigue siguiendo el discurso de aplicación de Günther es justificar una decisión final mediante la justificación de una completa descripción del caso en sus aspectos relevantes. Si en lugar de aplicación se hablara de justificación de las normas en un sentido fuerte (según la versión fuerte de U), posiblemente se llegaría al mismo enunciado (*hay que socorrer a un herido aunque ello ponga en peligro la propia seguridad*)

---

<sup>102</sup>K. GÜNTHER, "The Idea of Impartiality and the Functional Determinacy of the Law", citado, p. 172.

si bien, más que descripción del caso se hablaría de norma (singular) cuyo contenido hay que justificar. En definitiva, tanto la actividad de adecuada aplicación cuanto la de justificación en sentido fuerte justifican una decisión final. A ésta se le puede denominar descripción del caso o enunciado normativo, hasta ahí las diferencias entre aplicación y justificación de las normas. Esta falta de rasgos distintivos esenciales entre lo que Günther considera la aplicación de una norma y la justificación de una decisión se debe a la confusión entre los niveles de descripción y de evaluación. Describir una situación en sus aspectos relevantes, tal y como lo plantea Günther, esconde una fuerte actividad de evaluación de *lo relevante* de cada caso.

En el ámbito del discurso jurídico, la teoría de Günther representa un esfuerzo por introducir en la deliberación práctica las limitaciones impuestas por el derecho. El resultado es un discurso práctico excesivamente institucionalizado, basado en una distinción rígida entre discurso moral y jurídico, y entre justificación de las normas jurídicas (el proceso legislativo) y aplicación de las normas válidas (el proceso judicial). La actividad judicial aparece subordinada a la actividad legislativa de manera que es imposible cuestionar —dentro del discurso de aplicación jurídica— la validez jurídica de una norma, y menos aún su validez moral.

Esta limitación del discurso de aplicación jurídico a cuestiones de adecuación (no de validez) parece obscurecerse cuando Günther define el contenido mismo de la adecuada aplicación del derecho: el principio de coherencia como principio de adecuación. El juez, a fin de describir una situación en sus aspectos más sobresalientes, tendrá en cuenta los principios políticos sobre los que descansa una comunidad jurídica. Al igual que en el discurso práctico general, en el discurso jurídico Günther confunde el plano de la descripción con el de la evaluación, y por qué no, el de la aplicación y el de justificación.

Por último, en cuanto a la pregunta acerca de la utilidad práctica de la teoría de Günther, creo que ésta debe recibir una respuesta negativa. Günther no elabora ningún instrumento adicional que ayude al juez en la descripción de una situación: en la *evaluación* de lo relevante en cada caso<sup>103</sup>. Más bien confía en la capacidad intuitiva del juez para ello. Algo similar ocurre con el tratamiento que reciben los precedentes judiciales, que a pesar de declarar su importancia en la descripción de una situación, Günther no desarrolla un modelo que explique su uso concreto. Creo, en definitiva, que la teoría del discurso de aplicación jurídico es una teoría vacía, que no logra desarrollar el contenido de la actividad judicial ni dar instrumentos relevantes para la aplicación de las normas

---

<sup>103</sup>En este sentido, Alexy tacha de vacía la teoría de Günther (cfr. K. GÜNTHER, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", citado, p. 1032).

jurídicas.



## Capítulo 5

# La justificación racional del derecho

### Introducción

Con este capítulo se cierra la parte de mi investigación dedicada al análisis crítico del razonamiento jurídico, un estudio con el que quiero ofrecer un marco teórico adecuado para fundamentar y describir el uso argumentativo de los precedentes.

El primer modelo analizado fue el de Raz que propone un razonamiento determinado por la función excluyente (o normativa) de la autoridad. Su estudio concluyó con la tesis contraria: el razonamiento jurídico es un razonamiento deliberativo. Siguiendo esta línea abordé la nueva retórica de Perelman, cuyo análisis concluyó con la necesidad de encauzar la deliberación jurídica en un procedimiento. Elegí el marco de la teoría discursiva para buscar este procedimiento de deliberación, e inicié con la propuesta de Günther. Su modelo de razonamiento discursivo distingue fuertemente entre razonamiento práctico general y razonamiento jurídico, y entre cuestiones de validez y cuestiones de aplicación de las normas jurídicas. Las conclusiones alcanzadas aconsejaban un cambio de óptica: la *tesis del caso especial* (*Sonderfallthese*) de Robert Alexy.

La tesis del caso especial quiere explicar el razonamiento jurídico desde una conexión necesaria entre la moral y el derecho, o si se quiere, entre el discurso práctico general y el discurso jurídico:

La teoría discursiva exige, de un lado, la institucionalización de un sistema jurídico. . . De otro lado, el derecho positivo permanece dependiente de la teoría discursiva a fin de compaginar la legalidad y la legitimidad. Por lo tanto, lo ideal y lo real están conectadas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>R. ALEXY, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", citado, p. 1027.

El discurso jurídico es, según la teoría de Alexy, un discurso práctico sobre la justificación (la validez) de enunciados normativos y es además, un discurso *especial* en tanto que su objeto son los enunciados jurídicos (la ley, la doctrina y los precedentes judiciales).

A pesar de las debilidades que también muestra la teoría de Alexy, me parece que ésta será el marco idóneo para explicar, primero, el razonamiento judicial, y fundamentar, después, el uso argumentativo de los precedentes judiciales.

## 5.1 Los baluartes de la teoría discursiva de Alexy

En líneas quizás (excesivamente) generales, a la teoría discursiva de Alexy acuden los siguientes elementos: las proposiciones normativas que se justifican racionalmente; los participantes que buscan un consenso a través del diálogo; y finalmente, el procedimiento que regula la deliberación y garantiza la corrección del mismo. Estos tres elementos (normas, participantes y procedimiento) representan de alguna forma los baluartes de la teoría discursiva de la que ahora me ocupo: su aspecto *práctico discursivo* y su aspecto *procedimental*.

### 5.1.1 La teoría del discurso práctico

De todas las influencias que ha recibido Alexy en su obra la más destacable es la de Habermas. La tarea de Alexy se puede resumir como la sistematización y la reinterpretación de la teoría del discurso de Habermas al campo del derecho<sup>2</sup>.

Para la teoría del discurso práctico, el objeto de una deliberación son las proposiciones o enunciados normativos, es decir, actos de habla que contienen acciones sobre *qué es bueno* (un juicio de valor, por ejemplo) o sobre *qué se debe hacer* (los juicios de deber). Sobre tales actos de habla, sostiene Alexy siguiendo a Habermas, el hablante erige una *pretensión de validez* o en otras palabras, el hablante sostiene que el juicio de valor o de deber enunciado es *verdadero*. Éste es el punto inicial de la teoría discursiva, la tesis según la cual los enunciados normativos pueden justificarse de la misma forma que se justifican los enunciados descriptivos, es decir, mediante su veracidad.

Esta tesis requiere, sin embargo, dos puntualizaciones que determinan el desarrollo de la teoría habermasiana. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en la justificación de los enunciados descriptivos, en el caso de los enunciados normativos la pretensión de validez que erige el hablante será sobre el contenido de los mismos, es decir, sobre la acción.

---

<sup>2</sup>Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, citado, p. 178.

En segundo lugar, a la verdad de los enunciados descriptivos corresponde el *criterio de corrección* de los enunciados normativos<sup>3</sup>. Por este motivo, Alexy habla de la *pretensión de corrección* del discurso práctico.

Un segundo paso para entender la teoría del discurso práctico es el concepto de verdad, que Alexy resume como la evolución de las teorías clásicas de la verdad a la denominada *teoría consensual de la verdad*. Según esta teoría propuesta por Habermas, la condición de la verdad de todo acto del lenguaje es el acuerdo potencial de los demás hablantes<sup>4</sup>. El consenso entre los hablantes, y no la relación de correspondencia entre un enunciado y los hechos, será el criterio que determine la validez de la proposición normativa.

Este concepto consensual de la verdad sólo parece que pueda realizarse si la actividad de los hablantes no se entiende como una serie de proposiciones sino como un diálogo:

El paso definitivo de Habermas es que encuadra la teoría de los actos de habla dentro de una teoría comunicativa, más concretamente dentro de una teoría discursiva<sup>5</sup>.

En resumen, todo hablante que emita una proposición normativa erige una pretensión de corrección sobre la acción contenida en el enunciado. En el caso de que otro hablante *problematic* sobre o *dude* de la corrección del enunciado emitido, tiene lugar un discurso entre todos los participantes que está orientado a la búsqueda del *consenso fundado*, es decir basado en la fuerza del mejor argumento. El objeto del consenso fundado, y por extensión de la discusión no serán los intereses comunes, es decir compartidos por todos los participantes en la discusión.

Prácticamente, más importantes son los juicios sobre un equilibrio justo de intereses no comunes, es decir, particulares<sup>6</sup>.

La teoría discursiva no ofrece, como se sabe, un criterio de evaluación de los intereses particulares contrapuestos. Más bien consiste en una estructura (la comunicativa) en la

---

<sup>3</sup>Un hablante que emite dos enunciados "Bauke ha hecho una promesa" y "Hay que cumplir las promesas" erige sobre ambos la misma pretensión de validez. Sin embargo del primero, que es un enunciado descriptivo, el hablante sostendrá la *veracidad* del mismo, mientras que del segundo, que es un enunciado normativo, sostendrá su *corrección*. Verdad y corrección resumen, en definitiva, la misma pretensión de validez, de justificación, de los actos lingüísticos, según sean éstos descriptivos o normativos.

<sup>4</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 111.

<sup>5</sup>*Ibidem*, p. 114.

<sup>6</sup>*Ibidem*, p. 297.

que la confrontación de tales intereses es precisamente su núcleo<sup>7</sup> y el consenso fundado su fin. Al menos dos razones exigen la estructura comunicativa<sup>8</sup> del razonamiento práctico:

- En primer lugar, la correcta reconciliación de los intereses particulares, y por lo tanto la valoración y balance de los mismos, requiere el intercambio de argumentos en favor (o en contra) de una cierta valoración. Ese intercambio de argumentos sólo es posible gracias a una estructura comunicativa<sup>9</sup>.
- En segundo lugar, a fin de valorar los intereses involucrados en la deliberación se exige tomar en serio al otro como individuo. Éste es otro factor en favor de la comunicación o diálogo entre los participantes que se puede resumir como la regla discursiva del intercambio de roles. Según Alexy, si los intereses de los demás fueran tomados en cuenta en una estructura monológica ciertamente se pretendería racionalizar los intereses de los demás con los propios, pero los primeros quedarían reducidos a una fuente de información. Un acuerdo de intereses,

debe vincularse necesariamente con el intercambio de argumentos entre distintas personas<sup>10</sup>.

Mencionados los elementos esenciales de la teoría del discurso práctico se puede resumir que este discurso consiste en una actividad lingüística comunicativa en la que los participantes aportan argumentos y contraargumentos a fin de encontrar un consenso sobre los intereses en conflicto y fundamentar así la validez de los enunciados normativos. Justificación de proposiciones normativas y búsqueda del consenso fundado en una estructura comunicativa (de diálogo) son los dos puntos a retener de la teoría del discurso práctico.

### 5.1.2 La teoría procedimental

La teoría discursiva —escribe Alexy— es una teoría procedimental<sup>11</sup>.

<sup>7</sup>Cfr. R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", en *Ratio Juris*, 1992, p. 237.

<sup>8</sup>Estas han sido presentadas por Alexy a fin de rebatir las críticas recibidas al respecto, especialmente la elaborada por Tugendhat (véase E. TUGENDHAT, "Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht", en *Argumentation und Recht*, editado por W. Hassemer, A. Kaufmann y U. Neumann, Steiner, Wiesbaden, 1980).

<sup>9</sup>Cfr. R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 238.

<sup>10</sup>R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 298.

<sup>11</sup>R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 234.

Este segundo baluarte de la tesis de Alexy obliga a hablar no sólo de un *procedimiento* discursivo, sino además de un criterio de corrección *procedimental*: una proposición normativa es correcta cuando es el resultado de un procedimiento definido a través de las denominadas reglas y formas discursivas<sup>12</sup>. De un lado, la *ratio* del procedimiento no es otro que el garantizar la corrección de los enunciados normativos que se justifican<sup>13</sup>. De otro lado, el consenso o la pretensión de corrección que se pretende en todo discurso práctico depende de si los participantes han adaptado (o no) su diálogo a las reglas que determinan el discurso, es decir, al procedimiento discursivo.

Alexy distingue hasta cuatro procedimientos discursivos distintos: el *discurso práctico general*; el *discurso de creación del derecho*; el *discurso jurídico*; y finalmente, el *proceso judicial* (los tres últimos pertenecen a la categoría más general de procedimientos jurídicos). Tal distinción no depende del distinto criterio de corrección (en todos tendrá un carácter procedimental, tal y como acabo de señalar), sino de las distintas reglas que regulan el discurso<sup>14</sup>.

## 5.2 El discurso práctico general

### 5.2.1 El propósito del discurso práctico general

El objeto de la discusión práctica general es la fundamentación de los enunciados normativos. El criterio de validez que desde el punto de vista de la teoría discursiva práctica se explica como el consenso entre los participantes adquiere, acabo de indicarlo, un carácter eminentemente procedimental. La correcta fundamentación de las normas (morales) depende no sólo del discurso sino de que éste satisfaga todas las condiciones de la argumentación racional práctica. Estas condiciones se pueden derivar del siguiente estudio analítico sobre las reglas y formas de argumentación<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup>*Ibidem*, p. 235.

<sup>13</sup>Cfr. A. AARNIO, R. ALEXU, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, 1981, p. 261.

<sup>14</sup>*Ibidem*, p. 262. Efectivamente, ésta es la ventaja de proponer un criterio procedimental de corrección: que la deliberación mantiene su carácter práctico discursivo a pesar de que las reglas y formas de fundamentación varíen.

<sup>15</sup>Por lo que se refiere al objeto de esta investigación, el estudio analítico de las reglas y formas del discurso práctico ofrecen la base y fundamento para un adecuado análisis de los precedentes judiciales y su uso en el razonamiento práctico judicial, de ahí que haya intentado reproducir el amplio abanico de reglas que regulan la discusión práctica.

### 5.2.2 Las reglas y formas de justificación

- *Las reglas fundamentales* son las que regulan la posibilidad de cualquier comunicación lingüística<sup>16</sup>, por eso se denominan también reglas de posibilidad del discurso. A este grupo pertenecen las siguientes reglas: (1.1) ningún hablante puede contradecirse; (1.2) todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree; (1.3) todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes; (1.4) distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados. La regla (1.3) se refiere a la coherencia del hablante y, aplicada a enunciados de valor, adopta la forma del principio de universalidad de Hare. Alexy la reformula de la siguiente manera:

Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones iguales en todos los aspectos relevantes<sup>17</sup>.

- *Las reglas de razón* comprenden los requisitos máximos del discurso práctico y giran en torno a la pretensión de fundamentar cuanto sea afirmado por el hablante en el discurso práctico (o cuanto sea refutado). Son las siguientes: (2.1) quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso; (2.2) (a) todos pueden problematizar cualquier aserción, (b) todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso y (c) todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; (2.3) a ningún hablante se le puede impedir ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2) mediante coerción interna o externa al discurso<sup>18</sup>. Estas reglas de razón crean una *situación ideal* del discurso, una situación presupuesta en la denominada “regla general de fundamentación” según la cual “todo hablante debe, si se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda aducir razones que justifiquen el negar una fundamentación”<sup>19</sup>. El carácter ideal de las reglas de razón explica además que sólo puedan ser realizables de forma aproximada, lo cual no significa que carezcan de sentido o de relevancia en el procedimiento discursivo. Las reglas de razón pueden utilizarse como instrumento de crítica a limitaciones injustificadas de participación. También funcionan como criterio hipotético-negativo para la corrección de las proposiciones normativas<sup>20</sup>,

---

<sup>16</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 185.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 187.

<sup>18</sup>*Ibidem*, p. 189.

<sup>19</sup>*Ibidem*, p. 111.

<sup>20</sup>*Ibidem*, p. 190.

lo que significa que "las argumentaciones que no fueran aceptadas si se cumplen (2.1)–(2.3) deben considerarse como no válidas"<sup>21</sup>. Y finalmente, las reglas de razón ofrecen una explicación de la pretensión de corrección o de verdad<sup>22</sup>.

- Las reglas sobre la carga de la argumentación son el resultado de la combinación de la regla (1.3) es decir, el principio de universalidad y las reglas de fundamentación anteriores. Estas reglas son: (3.1) quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo; (3.2) quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello; (3.3) quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos; y (3.4) quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, si se le pide, tiene que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación<sup>23</sup>.
- De las denominadas *formas de argumentos*, Alexy propone seis categorías: los enunciados normativos singulares pueden justificarse (4.1) mediante reglas, o (4.2) mediante referencia a las consecuencias; las reglas pueden fundarse (4.3) también por sus consecuencias, o bien (4.4) haciendo mención a una regla adicional. Aplicando las formas de argumentación (4.1)–(4.4) para justificar ya sea una regla o una norma singular, se pueden alcanzar resultados distintos e incompatibles entre sí. Entonces hay que decidir qué fundamentación tiene preferencia sobre las demás, para lo cual Alexy propone dos reglas llamadas de prioridad: una que prescribe la preferencia de una argumentación bajo cualquier circunstancia o (4.5) regla de prioridad absoluta; y otra que prescribe tal preferencia sólo en determinadas circunstancias o (4.6) regla de preferencia condicional<sup>24</sup>. Con estas formas de argumentación se puede, sin embargo, justificar cualquier enunciado normativo. La racionalidad de la justificación y la corrección de los enunciados normativos exige, aún, más reglas del discurso.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 191–193.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 193–197. Alexy ha recogido la teoría de la justificación de Toulmin para desarrollar las formas de argumentación (4.1)–(4.4). Estas formas de argumentación pueden dar origen a otros discursos, tanto prácticos si tienen por objeto las reglas utilizadas para justificar normas singulares e incluso otras reglas, cuanto teóricos si su objeto es la veracidad del estado de hechos presupuesto para la aplicación de una norma, o bien la veracidad de las consecuencias previstas en el caso de aplicación de una norma.

- Las reglas y formas de argumentación enumeradas hasta ahora no dicen nada sobre qué argumentación es la correcta. Tampoco podrán hacerlo puesto que tal cosa se resuelve en el discurso mismo<sup>25</sup>. Sin embargo sí es necesario, indica Alexy, incorporar otras reglas que determinen el contenido de la argumentación, que limiten el objeto del discurso a lo discursivamente posible<sup>26</sup>. Éstas son las *reglas de fundamentación*, categoría en la que Alexy distingue hasta tres subgrupos. Al primero pertenecen las distintas variantes del principio de generabilidad habermasiano<sup>27</sup>: (5.1.1) quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas; (5.1.2.) las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos<sup>28</sup>; y (5.1.3) toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general. Este primer subgrupo reúne, por lo tanto, las reglas de intercambio de papeles (5.1.1) de Hare, de consenso (5.1.2) de Habermas y de publicidad (5.1.3) de Baier. El segundo subgrupo se refiere a las reglas sobre el control de la génesis de los enunciados normativos del hablante, concretamente (5.2.1) la génesis histórico-social; y (5.2.2) la génesis histórico-individual. La primera de ellas está inspirada en las ideas hegeliano-marxistas y la segunda en las de Freud<sup>29</sup>. Por último, el tercer subgrupo de reglas de fundamentación garantiza que el discurso pueda ser llevado a la práctica: (5.3) hay que respetar los límites de lo relizable realmente dados<sup>30</sup>.
- Las *reglas de transición*, el último de los grupos propuesto por Alexy, permiten el paso de una forma discursiva a otra en el caso de que ciertos problemas de justificación no puedan resolverse por los medios de argumentación práctica. Se trata de (6.1) pasar a un discurso teórico (empírico); (6.2) pasar a un discurso de análisis

<sup>25</sup>Como ya he indicado, la teoría discursiva no ofrece un criterio de evaluación de los intereses particulares contrapuestos, sino más bien un marco, una estructura —la discursiva— para la discusión y consenso.

<sup>26</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 139.

<sup>27</sup>*Ibidem*.

<sup>28</sup>Las dos reglas anteriores pueden resumirse en una condición para un acuerdo universal que se formula como sigue: "Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos" (R. ALEXY, "A Discourse- Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 236).

<sup>29</sup>Cfr. M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, citado, p. 109.

<sup>30</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 197-199.



del lenguaje; y (6.3) pasar a un discurso de la teoría del discurso<sup>31</sup>. Sólo cambiando de discurso cuantas veces sea necesario se garantiza que el discurso finalizará en el consenso de sus participantes.

Estas 22 reglas y 6 formas de fundamentación discursiva pueden agruparse en dos categorías básicas: una referida a la estructura de los argumentos y otra relativa al procedimiento del discurso<sup>32</sup>. A la primera pertenecen reglas como (1.1) el mandato de no contradicción, que es además una regla fundamental de la lógica; la regla (1.3) de universalisabilidad de los argumentos; las formas de argumentación (4.2) y (4.3) por mención a las consecuencias de aplicación de una regla, por preferencia de las formas de argumentación ya sea (4.5) absoluta o (4.6) condicional; la regla (5.1.1) de generabilidad; y finalmente las reglas (5.2.1) y (5.2.2) de comprobación de la génesis de los argumentos<sup>33</sup>. Las reglas sobre la estructura de los argumentos no son exclusivas del diálogo y por lo tanto pueden aplicarse también al contexto del monólogo. Lo característico es que aclaran que la justificación de proposiciones normativas no se puede reducir al consenso entre los participantes, es decir, a la condición del procedimiento discursivo, sino que la estructura racional de los argumentos es también una condición esencial<sup>34</sup>.

A la segunda categoría, la del procedimiento del discurso, pertenecen las reglas (2.1)-(2.3) de participación en el discurso, las reglas (3.1)-(3.4) de carga de la argumentación y finalmente las reglas (6.1)-(6.3) de transición a otras formas discursivas. Éstas no son aplicables a monólogos y garantizan la imparcialidad de la discusión<sup>35</sup>.

De la anterior mención de las reglas y formas discursivas conviene retener no su multiplicidad o la diversidad de aspectos a los que se refieren sino el hecho de ofrecer un estudio analítico sobre la estructura de los argumentos y el procedimiento de la discusión. Con este estudio Alexy completa la teoría de la argumentación de Perelman que a pesar de la rehabilitación del concepto de razón práctica, renunciaba al instrumental de la filosofía analítica para el estudio de las técnicas de argumentación<sup>36</sup>.

Tampoco hay que olvidar que el mencionado estudio analítico de las reglas y formas de argumentación viene exigido por el carácter procedimental de la teoría discursiva. En este sentido, reitero, no vale cualquier acuerdo alcanzado en cualquier discusión, sino sólo

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 200-201.

<sup>32</sup> Cfr. R. ALEXY, "Legal Argumentation as Rational Discourse", en *Rivista di filosofia del diritto*, 1993, p. 172

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Cfr. R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 235.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 167.

el consenso fundando que haya sido alcanzado en un procedimiento discursivo, es decir en un discurso determinado según las anteriores reglas y formas<sup>37</sup>.

### 5.3 Las debilidades del discurso práctico general: la necesidad del discurso jurídico

Al hablar de la teoría de Günther ya hice referencia a las características o debilidades (según se mire) del discurso práctico general. Se trata, primero, de la imposibilidad de garantizar el consenso que ponga fin a la discusión y segundo, de garantizar, alcanzada una solución, el cumplimiento de la misma. La razón de estas imposibilidades<sup>38</sup> es la misma: las reglas y formas discursivas presuponen una situación ideal del discurso.

A la imposibilidad del discurso de garantizar el consenso se conoce como *indeterminación cognitiva* o *problema sustantivo*<sup>39</sup>. En este caso la situación ideal de discurso consiste en la ausencia de límites temporales, de conocimiento y de participación, que permite a los participantes sostener una deliberación sin estar compelidos a elaborar un juicio o alcanzar un acuerdo. Incluso puede que lleguen a sostener dos juicios discursivamente posibles sin que ninguno de ellos sea discursivamente necesario<sup>40</sup>. Esto es posible porque las reglas, que presuponen también la situación ideal del discurso, ofrecen un marco donde sostener una deliberación sin determinar ni el objeto de la misma (aunque será siempre sobre aspectos normativos) ni su concreto *iter*. Sin embargo, lejos de considerarse debilidades del discurso práctico general, éstas tienen como ventaja la introducción de las

---

<sup>37</sup> Este carácter procedimental del discurso afecta, como ya indiqué, al criterio de corrección discursivo, un *criterio de corrección procedimental* según el cual el cumplimiento de las reglas y formas de fundamentación garantizan la corrección tanto de la deliberación cuanto de las proposiciones normativas justificadas.

<sup>38</sup> Ambas son compartidas por cualquier teoría moral.

<sup>39</sup> Terminología utilizada en, R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 244.

<sup>40</sup> Se dice que un juicio o una solución  $n_i$  (una proposición normativa que se fundamenta discursivamente) es *necesaria discursivamente* cuando los participantes están de acuerdo con  $n_i$ . Esta respuesta es *imposible discursivamente* cuando entre los participantes hay consenso sobre  $\neg n_i$ . Finalmente, la proposición normativa  $n_i$  es *posible discursivamente* cuando parte de los participantes está de acuerdo con  $n_i$  y otra parte está de acuerdo con  $\neg n_i$ . En fin, un mismo resultado  $n_i$  puede ser necesario, imposible o posible discursivamente pero *no el único resultado del discurso práctico*. Su carácter no depende de las reglas del discurso sino de los participantes, de sus convicciones normativas que forman parte del discurso. (cfr, A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", citado, p. 272).

convicciones de los participantes en la deliberación<sup>41</sup>. Es decir, la omisión acerca del objeto y el concreto procedimiento de deliberación será subsanado por los mismos participantes que discuten, en primer lugar, sobre sus propias convicciones (los intereses particulares contrapuestos) y que orientan, siempre dentro de las reglas y formas de argumentación mencionadas, un procedimiento discursivo que, por carecer de límites temporales y de conocimiento, no está compelido al consenso final o real.

La incapacidad de garantizar el cumplimiento del consenso alcanzado mediante el discurso es conocida como *debilidad de voluntad* o *problema de imposición* del discurso<sup>42</sup>. Ésta explica otra de las características de la situación ideal del discurso, en concreto la distinción entre la formación del juicio y la formación de la voluntad: aunque se haya formado un juicio y por lo tanto llegado al fin de la discusión práctica, puede que no se haya formado la voluntad de cumplir tal juicio<sup>43</sup>.

El problema substantivo y el problema de imposición no deben interpretarse como defectos de la teoría discursiva sino más bien como características propias de la teoría misma que presuponen una *situación ideal* de deliberación<sup>44</sup>. Ahora bien, ambas cualidades (si se quiere) del discurso práctico no impiden afirmar, siguiendo a Alexy, lo siguiente:

El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la *necesidad* de su incorporación a la teoría del estado y del derecho<sup>45</sup>.

Da así comienzo la *tesis del caso especial*, con la introducción del elemento institucional, es decir, del derecho, en el discurso práctico general. Una tesis, la elaborada por Alexy, que mediante la introducción del derecho en el razonamiento discursivo, adapta el mismo discurso práctico general a la situación real de deliberación (tiempo, conocimientos y participación limitada) sin que por ello se renuncie a su carácter práctico discursivo<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup>*Ibidem*, p. 273.

<sup>42</sup>Cfr. R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 244.

<sup>43</sup>Cfr. R. ALEXY, "Idée et structure d'un système du droit rationnel", en *Archives de philosophie du droit*, 1988, p. 31.

<sup>44</sup>Por eso, debido a este carácter ideal del discurso práctico, puntualizaba que las reglas y formas de argumentación apenas mencionadas, sólo pueden ser realizadas de manera aproximada. Además, la incapacidad para lograr un único resultado hace que la cuestión principal sea determinar qué resultados son discursivamente necesarios y cuales discursivamente imposibles (R. ALEXY, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", citado, p. 245).

<sup>45</sup>R. ALEXY, "Legal Argumentation as Rational Discourse", citado, p. 174. La cursiva es mía

<sup>46</sup>Resulta así paradójico que un discurso como el práctico general que se define precisamente por la ausencia de autoridad o coacción en la deliberación, necesite esta autoridad o coacción (el elemento institucional del derecho) a fin de superar sus límites (la indeterminación cognitiva y la debilidad moti-

Alexy explica la introducción del derecho sin la renuncia al discurso práctico general como una *necesaria transición* del procedimiento práctico general al procedimiento jurídico. Más aún, dentro de ésta última categoría, Alexy explica la necesaria transición entre otros tres procedimientos discursivos: el de creación del derecho, el discurso jurídico y el procedimiento judicial<sup>47</sup>. La relación entre todos ellos es igualmente una relación de necesaria transición.

El primer paso, *del discurso práctico general al procedimiento de creación del derecho*, está justificado por la indeterminación cognitiva y la debilidad de voluntad del discurso práctico general. Como ya he indicado, el objeto del discurso general práctico son las proposiciones normativas que no sean ni necesarias discursivamente (en el caso de que los participantes estén de acuerdo) ni imposibles discursivamente (en el caso de que los participantes estén de acuerdo en la negación de tal proposición normativa). En las condiciones ideales de deliberación que presupone el discurso práctico general la posibilidad de que exista desacuerdo sobre una proposición normativa es muy elevada. Al incorporar esta teoría discursiva a la teoría del derecho se logra también reducir la discusión práctica a aquellas proposiciones normativas que *en el marco del sistema jurídico* sean discursivamente posibles. La introducción de elementos institucionales en la teoría del discurso tiene como primer resultado la reducción del *espacio de lo discursivamente posible*. Esta primera transición no significa la renuncia al discurso práctico general sino, todo lo contrario, que la misma creación de normas jurídicas es objeto del discurso. Efectivamente, reglas como el principio de representación y participación democrática y la constitución no son sino expresiones de las reglas de participación y deliberación propias del discurso práctico general.

El segundo paso, *del procedimiento de creación del derecho al discurso jurídico* (en sentido limitado) está justificado por razones tales como la vaguedad del lenguaje jurídico, la imprecisión de las reglas jurídicas y la imposibilidad de prever todos los tipos de casos. Es decir, las normas jurídicas creadas mediante el procedimiento legislativo plantean lagu-

---

vacional). La *argumentación* de Günther a propósito de la necesidad del discurso jurídico difiere de la Alexy en este punto. Para el primero, la indeterminación cognitiva y la debilidad motivacional no son límites del discurso práctico general sino más bien cualidades de un discurso ideal. El discurso jurídico es necesario, sostiene Günther, no tanto para superar los límites anteriores, cuanto para establecer una forma discursiva distinta y acorde a las condiciones reales de deliberación.

<sup>47</sup>Cfr. R. ALEXY, "Idée et structure d'un système du droit rationnel", citado, p. 31. De entre los mencionados procedimientos discursivos, el práctico general y el jurídico se califican como *no institucionalizados*, mientras que el de creación de normas y el judicial son procedimientos *institucionalizados*. La diferencia radica en que en estos dos últimos son las normas jurídicas las que regulan el procedimiento de deliberación.

nas jurídicas que se resuelven dando paso a un discurso que pretende encontrar la solución más racional en el ámbito del sistema jurídico. Éste es el discurso jurídico, un procedimiento calificado no institucionalizado en el que tanto argumentos institucionalizados (la vinculación a la ley, los precedentes y la dogmática) como no institucionalizados (las razones substantivas) son objeto de deliberación<sup>48</sup>.

El tercer paso, del *discurso jurídico al proceso judicial*, está justificado por la necesidad de introducir junto al elemento argumentativo un nuevo elemento de decisión que garantice el fin de la deliberación, es decir una única respuesta, así como el cumplimiento de la misma. En concreto se trata por un lado, de introducir un procedimiento institucionalizado (regulado jurídicamente) que adapte la deliberación práctica a las condiciones reales del discurso (tiempo, conocimiento y participación limitada); y por otro lado, de introducir el elemento coactivo del derecho a fin de garantizar el cumplimiento de la decisión final.

La tesis de la necesaria conexión (o de la necesaria introducción del derecho) entre los anteriores procedimientos discursivos permite, de manera inmediata, superar la indeterminación cognitiva (adaptando la deliberación a las condiciones reales del discurso) y la debilidad de voluntad del razonamiento práctico general (garantizando, gracias al elemento coactivo del derecho, el cumplimiento de las decisiones). La *tesis del caso especial*, sin embargo, no se reduce a completar el discurso práctico general. La propuesta de Alexy apunta más alto dentro de la teoría del discurso práctico. Su finalidad (y al mismo tiempo su complejidad) es la de crear una conexión entre argumentación y decisión, entre discurso e institución (léase derecho) y fundamentalmente entre el discurso práctico general y el discurso jurídico<sup>49</sup>. Esta conexión será el objeto de la denominada *teoría de la argumentación jurídica* según la cual el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general.

---

<sup>48</sup>La duplicidad de argumentos institucionalizados y no institucionalizados se explica mediante la tesis del caso especial: los primeros institucionalizados son vinculantes *prima facie*, es decir, si no son refutados por argumentos o razones substantivas. En concreto, los argumentos institucionalizados, dice Alexy, son suplementarios, y están permitidos y controlados por los argumentos práctico generales que pueden considerarse como argumentos substantivos (cfr. R. ALEXY, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", citado, p. 1034).

<sup>49</sup>Cfr. R. ALEXY, "Idée et structure d'un système du droit rationnel", citado, p. 33.

## 5.4 Teoría de la argumentación jurídica. El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general

Para la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, la deliberación jurídica no es considerada como algo distinto a la deliberación práctica general sino, ya lo he indicado, como un *caso especial* de ésta. Lo que significa que se utilizará la estructura discursiva de la deliberación práctica general para justificar la validez de proposiciones normativas particulares: las normas jurídicas, ya sean generales (leyes) o singulares (decisiones judiciales)<sup>50</sup>. No distingue, por lo tanto, cuestiones de validez de las de aplicación, o si se quiere, entre un discurso de justificación y otro de aplicación<sup>51</sup>.

Pero antes de entrar en los particulares de la *tesis del caso especial* conviene mencionar los aspectos relevantes de la teoría del discurso jurídico<sup>52</sup>:

- Es una teoría especial de la teoría del discurso práctico general. La *tesis del caso especial* se fundamenta en: (a) "que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho y omitido"<sup>53</sup>; (b) los participantes discuten tales cuestiones erigiendo una pretensión de corrección<sup>54</sup>; (c) la deliberación está adaptada a las condiciones reales discurso, es decir de tiempo, conocimiento y participación limitada; e (d) introduce junto al elemento argumentativo un elemento de decisión: el derecho garantiza el fin del discurso mediante la consecución de una decisión. En resumen, la deliberación jurídica, al igual que la práctica general, es sobre la validez, la justificación de proposiciones normativas, si bien, la especialidad del derecho introduce elementos institucionales y de decisión en el procedimiento discursivo.
- Es una teoría analítico-normativa<sup>55</sup>. Es analítica puesto que clasifica los argumentos

---

<sup>50</sup>Sin embargo Alexy parece concentrarse fundamentalmente en la justificación, en la deliberación sobre la validez, de las decisiones judiciales.

<sup>51</sup>Precisamente, entre las críticas que Alexy dirige a la teoría de Günther, se encuentra lo innecesario de distinguir entre dos formas discursivas, máxime cuando parecía que el mismo discurso de aplicación suponía cierta actividad justificativa.

<sup>52</sup>Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", citado, p. 260.

<sup>53</sup>R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 207.

<sup>54</sup>Jürgen Habermas ha criticado el propio concepto de *caso especial*, cuestionando precisamente la pretensión de corrección que los participantes erigen. Más adelante esta crítica verá su desarrollo.

<sup>55</sup>Cfr. R. ALEXY, "Legal Argumentation as Rational Discourse", citado, p. 171. Una teoría puede ser también empírica, en el caso de que se limite a describir los argumentos que son utilizados en el discurso

usados en la argumentación jurídica y analiza su estructura. Es normativa porque para responder a la cuestión de la corrección de la argumentación es necesario establecer el poder o fuerza de los distintos argumentos.

- Finalmente, se trata de una teoría procedimental. El conjunto de reglas y formas de argumentación jurídica garantizan (al igual que lo que ocurría en el razonamiento práctico general) la *corrección de la discusión* y no la corrección del resultado<sup>56</sup>.

## 5.5 La lógica del razonamiento jurídico

### 5.5.1 El propósito del razonamiento jurídico

Puesto que la introducción del derecho en la teoría del discurso práctico general no supone el abandono de los postulados de ésta última (me refiero a su elemento práctico discursivo y a su elemento procedimental) se puede avanzar que el propósito del discurso jurídico no puede ser otro que la justificación de enunciados normativos. Ahora bien, se trata de enunciados normativos especiales: las normas jurídicas. Lo *especial* del objeto de deliberación tiene un efecto inmediato en el aspecto procedimental del discurso jurídico. Me refiero por un lado, al criterio de corrección procedimental y, por otro lado al procedimiento discursivo, es decir a las reglas y formas de fundamentación jurídica.

Por lo que se refiere a la pretensión de corrección del discurso jurídico, ésta coincide, si bien parcialmente, con la pretensión de corrección del discurso práctico general.

El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión ... [se refiere] a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas<sup>57</sup>.

Para saber qué significa “fundamentar en el marco del ordenamiento jurídico vigente” hay que acudir a las reglas y formas de fundamentación jurídica, que como en el caso del discurso práctico general determinan el procedimiento discursivo y por ello la corrección del mismo.

---

jurídico. Ésta, sin embargo, no es la tarea que se propone la teoría del discurso jurídico de Alexy.

<sup>56</sup>Éste es, precisamente, el aspecto más cuestionado de la teoría de Alexy. Como ejemplo valen los comentarios de Ota Weinberger quien está más interesado en la corrección de los resultados que de la deliberación: el seguimiento de una serie de reglas procedimentales de fundamentación, que por otro lado sólo puede ser aproximado, no garantiza necesariamente la corrección de los resultados obtenidos.

<sup>57</sup>R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 213.

### 5.5.2 Las reglas y formas de fundamentación jurídica

Las reglas y formas de fundamentación jurídica coinciden, también de forma parcial, con las analizadas en el procedimiento discursivo práctico general. La razón de tal coincidencia se encuentra en el compromiso que las reglas y formas de fundamentación jurídica quieren encontrar entre dos valores contrarios: de un lado la aceptación de los fundamentos (*Begründbarkeit*, representada por las reglas y formas de fundamentación práctica general) y de otro lado la determinación de los resultados (*Ergebnisdefinitheit*, representada, en este caso, por el aspecto institucional del derecho)<sup>58</sup>.

Las reglas y formas de fundamentación jurídica que paso a enumerar, se refieren tanto a la estructura de los argumentos como a la misma estructura de la argumentación. Ambos aspectos se encuentran en una simbiosis perfecta gracias al análisis ofrecido por Alexy que distingue entre la *justificación interna* y la *justificación externa* de las proposiciones normativas jurídicas, siguiendo así el modelo de justificación de las decisiones judiciales propuesto por J. Wróblewski<sup>59</sup>. Según este modelo de razonamiento judicial la justificación de las decisiones comprende:

- la validez de las inferencias lógicas, *justificación interna*;
- la corrección de las premisas, *justificación externa*<sup>60</sup>.

Se sitúa así a medio camino entre una posición que defiende la lógica formal como garantía de la infalibilidad de las decisiones y otra posición que defiende el carácter puramente evaluativo del razonamiento judicial. A diferencia de lo que ocurre en la obra de Perelman, ni Wróblewski ni tampoco Alexy rechazan la lógica formal, sino todo lo contrario, la sitúan en el centro del razonamiento jurídico.

<sup>58</sup>Cfr. R. ALEXY, "Idée et structure d'un système du droit rationnel", citado, p. 24. También, del mismo autor, "Legal Argumentation as Rational Discourse", citado, p. 175. En este caso Alexy señala que la conexión entre el aspecto institucional y el discursivo al nivel jurídico está justificado por dos razones. En primer lugar porque ningún sistema jurídico es tan perfecto que ofrezca una solución a todo caso; y en segundo lugar porque la pretensión de racionalidad y corrección también es una exigencia de la deliberación y las decisiones jurídicas.

<sup>59</sup>Cfr. J. WRÓBLEWSKI, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions", en *Rechtstheorie*, 1974, pp. 33 y ss. Si bien el esquema de justificación interna/externa de Wróblewski ha sido acogido por Alexy, éste lo adapta al contenido especial de la teoría de la argumentación jurídica: la *justificación* de las proposiciones jurídicas normativas. Efectivamente, aunque el modelo de Wróblewski sea de argumentación de las decisiones judiciales, el elemento de justificación de la validez de las mismas (el elemento discursivo si se quiere) parece ausente en la propuesta del teórico polaco, que más bien trata de justificar la valoración y elección de las consecuencias jurídicas atribuidas a un determinado comportamiento.

<sup>60</sup>*Ibidem*, p. 39.



**La justificación interna** La justificación interna de las decisiones judiciales versa sobre la validez de las inferencias lógicas y adopta la forma del silogismo jurídico. Alexy distingue entre dos formas de justificación, una simple (J.1.1) y otra compleja (J.1.2), y cinco reglas de justificación (J.2.1)–(J.2.5). La primera forma de justificación es la siguiente:

- (1)  $(x)Tx \rightarrow ORx$
- (2)  $Ta$
- (3)  $ORa$ <sup>61</sup>

La estructura anterior puede ser insuficiente en casos complicados<sup>62</sup> y entonces hay que introducir nuevas proposiciones al esquema anterior:

- (1)  $(x)Tx \rightarrow ORx$
- (2)  $(x)M^1x \rightarrow Tx$
- (3)  $(x)M^2x \rightarrow M^1x$
- .
- .
- (4)  $(x)Sx \rightarrow M^n x$
- (5)  $Sa$
- (6)  $ORa$ <sup>63</sup>

Este esquema repite como en el primero los siguientes elementos: (1) es una proposición normativa universal; (5) son los hechos conectados con (1) y finalmente (6) es el deber ser jurídico, la decisión jurídica que se justifica. En fin, las formas simple y compleja de justificación (interna) comparten el esquema propio de una transformación dentro del

<sup>61</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 214. En el anterior esquema,  $x$  representa una variable de individuo;  $a$  es una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio;  $T$  es un predicado que representa el supuesto de hecho de la norma (1);  $O$  es un operador deóntico general; y finalmente  $R$  es un predicado que en este caso representa lo que el destinatario de la norma tiene que hacer.

<sup>62</sup>*Ibidem*, p. 216. Según Alexy estamos en presencia de un caso complicado cuando (1) una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho; (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas; (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas; y (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

<sup>63</sup>Aquí las proposiciones (2)–(4) sirven para el desarrollo de la norma a aplicar (1), de manera que su incorporación a la cadena lógica de argumentación hacen correcto el paso de la norma a la conclusión (6).

derecho (*transformation inside the law*), es decir, una proposición normativa universal, una situación de hecho y un deber ser jurídico. Son los elementos básicos de la transformación dentro del derecho<sup>64</sup>. La diferencia entre una y otra es que en la forma compleja de justificación se han introducido premisas, (2)-(4), que son *reglas semánticas* que justifican la interpretación tanto de *T* cuanto de *M*<sup>65</sup>.

Parece evidente que vistas las dos formas de justificación interna de las decisiones jurídicas se puedan formular las siguientes reglas de justificación interna: (J.2.1) "para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal"<sup>66</sup>; y (J.2.2) "la decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras premisas"<sup>67</sup>.

Para el caso de una forma de justificación compleja (J.1.2) valen además las siguientes reglas de justificación: (J.2.3) "siempre que exista duda sobre si *a* es un *T* o un *M*<sup>1</sup>, hay que aducir una regla que decida la cuestión"<sup>68</sup>; (J.2.4) "son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible"<sup>69</sup>; y finalmente (J.2.5) "hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo"<sup>70</sup>.

Lo más relevante de las mencionadas reglas de justificación interna es que todas ellas determinan la *estructura* de la fundamentación jurídica. Una estructura, la del silogismo jurídico, que tal y como la concibe Alexy gira en torno a un mismo aspecto: el principio

---

<sup>64</sup>Este concepto ha sido elaborado por Peczenik para quien: "Una transformación dentro (*inside*) del derecho tiene lugar cuando una conclusión concerniente al derecho (válido) se ha derivado a través de una transformación, a partir de un conjunto de premisas de las cuales la última menciona o expresa el derecho (válido)" (A. AARNIO, R. ALEXU, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", citado, p. 149). Las decisiones judiciales son un claro ejemplo de las transformaciones o saltos (*jumps*) porque éstas no se obtienen deductivamente a partir de una ley (u otra fuente del derecho) y un estado de cosas. De la norma jurídica "quien cometa asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor" y del estado de hechos "El sr. K. L. ha disparado contra L. K. dándole muerte" no se sigue lógicamente que "el sr. K. L. será castigado con la pena de reclusión mayor".

<sup>65</sup>Las reglas semánticas tienen, por lo tanto, la función de completar deductivamente la transformación dentro del derecho, permitiendo que la decisión se obtenga lógicamente de la ley y de la descripción de un estado de cosas (*ibidem*, p. 154).

<sup>66</sup>Cfr. R. ALEXU, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 215. En este caso, la norma  $Tx \rightarrow ORx$ .

<sup>67</sup>*Ibidem*.

<sup>68</sup>*Ibidem*, p. 219.

<sup>69</sup>*Ibidem*, p. 220.

<sup>70</sup>*Ibidem*.

de universalidad<sup>71</sup> entendido como principio de justicia formal<sup>72</sup>. Efectivamente, tanto la premisa mayor, si por esta se entiende la proposición normativa, cuanto las premisas intermedias, si por éstas se entienden las reglas semánticas aducidas en los casos complejos, tienen que recoger un enunciado universal<sup>73</sup>. Esta exigencia de las reglas de justificación logra colocar el principio de justicia formal en el centro de la racionalidad de las decisiones judiciales, garantizando, finalmente, el primer baluarte, quizá el más importante, de la fundamentación de las decisiones.

La exigencia de justicia formal (universalidad) y de deducción lógica (o de corrección formal) no constituye en absoluto todo el universo de la justificación jurídica. Las premisas usadas según las formas de justificación mencionadas puede que no hayan sido extraídas directamente del derecho positivo<sup>74</sup> en cuyo caso hay que justificarlas. Ésta es la tarea de la justificación externa. La justificación interna tiene el gran mérito de indicar qué premisas hay que justificar.

**La justificación externa** El objetivo de ésta, como he indicado, es la justificación de las premisas utilizadas en la justificación interna<sup>75</sup>. Alexy distingue seis grupos de reglas y formas de justificación externa: (1) reglas de la interpretación (la ley); (2) de la argumentación dogmática (la dogmática); (3) del uso de los precedentes (los precedentes); (4) de la argumentación práctica general (la razón); (5) de la argumentación empírica (la empirie); y (6) de las formas especiales de argumentos jurídicos.

**Reglas y formas de interpretación** Éstas son los cánones de interpretación que Alexy explica con el modelo de justificación interna<sup>76</sup>:

(1)  $(Tx \rightarrow ORx)(R)$

(2)  $(Mx \rightarrow Tx)(W)$

(3)  $Ma$

(4)  $ORa$

---

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Por esto Alexy denomina también a las formas y reglas de justificación *formas y reglas de la justicia formal* (*ibidem*).

<sup>73</sup> Se dice que la proposición  $Tx \rightarrow ORx$  está enunciada en términos universales porque para toda situación similar a  $T$  en sus aspectos relevantes, entonces deberá acaecer la consecuencia  $OR$ .

<sup>74</sup> Esto vale incluso para la premisa mayor ( $Tx \rightarrow ORx$ ). Las formas de justificación interna (J.1.1) y (J.1.2) valen "también para los casos en que no haya una tal norma de derecho positivo. Si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla" (*ibidem*, p. 215).

<sup>75</sup> Cfr. J. WRÓBLEWSKI, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions", citado, p. 39.

<sup>76</sup> R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 225.

De la regla universal ( $R$ ) y de la regla del uso de palabras ( $W$ ) se sigue una regla ( $R'$ ) según la cual:

$$(x) (Mx \rightarrow ORx)$$

Ésta es una regla de interpretación de ( $R$ ). Por lo tanto la función principal de los cánones de interpretación es justificar el paso de ( $R$ ) a ( $R'$ ), aunque su función no se agota ahí ya que también se pueden utilizar en la justificación de normas no positivas o en la fundamentación de otros enunciados jurídicos<sup>77</sup>.

Alexy enumera y ofrece la forma y reglas de los distintos cánones de interpretación: el argumento semántico<sup>78</sup>, el argumento genético<sup>79</sup>, el argumento histórico, el argumento comparativo, el argumento sistemático<sup>80</sup> y el argumento teleológico<sup>81</sup>. Describe además las reglas que sirven a los principios de saturación y de ponderación de los distintos cánones de interpretación<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>78</sup> *Ibidem*. Las reglas de este argumento son: (J.3.1)  $R'$  debe aceptarse como interpretación de  $R$  sobre la base de  $W_i$ ; (J.3.2)  $R'$  no puede aceptarse como interpretación de  $R$  sobre la base de  $W_k$ ; (J.3.3) es posible aceptar  $R'$  como interpretación de  $R$ , y es posible no aceptar  $R'$  como interpretación de  $R$ , pues no rigen ni  $W_i$  ni  $W_k$ . Se trata, en última instancia, de reglas que especifican el lenguaje natural o técnico pero en ningún caso lo determinan ya que para eso se necesitan otros argumentos adicionales.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 227. Existen dos variantes: (J.4.1) cuando se argumenta que  $R'$  fue querida por el legislador; y (J.4.2) cuando se afirma que el legislador persiguió con  $R$  los fines  $Z_1, Z_2, \dots, Z_n$ , y que la interpretación contenida en  $R'$  es necesaria para la consecución de tales fines.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 231. Este argumento debería limitarse exclusivamente a las relaciones lógicas entre normas.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 231. La regla (J.5) tiene la siguiente forma:

$$(1) OZ$$

$$(2) \neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$$

$$(3) R'$$

$OZ$  representa un estado de cosas o un suceso prescrito; que la interpretación  $R' (= I_W^R)$  sea necesaria para alcanzar  $Z$  se puede representar así  $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$ ; por lo tanto, se debe concluir con  $R'$ . La diferencia con el argumento genético (J.4.2) es que en el caso del argumento teleológico los fines  $Z_n$  no son queridos por el legislador.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 239 y ss. (J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación. (J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse otros motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos. (J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación. (J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación. La relevancia de la regla de saturación (J.6) será discutida en relación a la necesaria conexión entre el discurso práctico general y el discurso jurídico en el apartado 5.6.

**Reglas de la argumentación dogmática** La dogmática, según Alexy, describe el derecho vigente, ofrece un análisis sistemático y conceptual y, finalmente, elabora las propuestas para la solución de los casos jurídicos problemáticos<sup>83</sup>.

**Sobre el uso de los precedentes** El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad junto con el principio de inercia<sup>84</sup>.

**Formas de argumentos jurídicos especiales** Son formas que se usan especialmente en la metodología jurídica tales como la analogía, el argumento *a contrario*, el argumento *a fortiori* y el argumento *ad absurdum*<sup>85</sup>. Añade una última regla a propósito de la saturación de las anteriores formas de argumentación jurídica especial<sup>86</sup>.

La pluralidad y disparidad de las anteriores reglas y formas de fundamentación jurídica no debe confundir(me) a propósito de su verdadera relevancia. Si bien el estudio analítico de estas reglas y formas de fundamentación resulta esencial para completar el razonamiento práctico, no hay que olvidar que su razón de ser es la regulación del procedimiento discursivo. Más aún, la adhesión a estas reglas, vuelvo a repetir, garantiza, según Alexy, la corrección de los resultados.

---

<sup>83</sup>*Ibidem*, p. 241. Las reglas de la argumentación dogmática son las siguientes: (J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general. (J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio. (J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

<sup>84</sup>*Ibidem*, pp. 261 y ss. Las dos reglas que rigen el uso de los precedentes son las siguientes: (J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

<sup>85</sup>*Ibidem*, pp. 266 y ss. Las formas respectivas de los anteriores argumentos especiales son las siguientes: (J.15) argumento *a contrario*,

$$(1) (x) (OGx \rightarrow Fx)$$

$$(2) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$$

(J.16) argumento analógico,

$$(1) (x) (Fx \vee Fsim.x \rightarrow OGx)$$

$$(2) (x) (Hx \rightarrow Fsim.x)$$

$$(3) (x) (Hx \rightarrow OGx)$$

(J.17) argumento de reducción al absurdo,

$$(1) O \neg Z$$

$$(2) R' \rightarrow Z$$

$$(3) \neg R'$$

<sup>86</sup>*Ibidem*, p. 271. (J.18) Las formas de los argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

Sin embargo, y por lo que se refiere a la *tesis del caso especial*, interesa especialmente, destacar que algunas de las reglas de fundamentación jurídica coinciden con las de fundamentación práctica general<sup>87</sup>, afirmando de esta forma lo que es el núcleo de la tesis de Alexy: la conexión entre el discurso práctico general y el discurso jurídico. La estructura de argumentación ofrecida por el silogismo jurídico y el fundamento de los precedentes judiciales pueden servir para ejemplificar tal conexión.

En el primer caso, tanto para el esquema simple, como para el complejo de justificación interna, indicaba cómo el principio de universalidad (1.3) entendido como principio de justicia formal, ordena la estructura de la argumentación jurídica. También apuntaba algo que ahora quiero reforzar, que la coincidencia entre la justificación interna y el principio de universalidad se refiere, primordialmente, a su posición en la *estructura de los argumentos*, tanto jurídicos como prácticos generales. La razón es obvia, si las denominadas reglas y formas de la justicia formal constituyen la estructura básica de la justificación jurídica, entonces el principio de universalidad es, también en el discurso jurídico, su fundamento:

el mismo principio constituye el fundamento tanto del discurso práctico general como del discurso jurídico<sup>88</sup>.

En el caso de los precedentes judiciales, la conexión es, si cabe, más obvia. El fundamento del uso de los precedentes coincide con la regla sobre la carga de la argumentación (3.1) según la cual quien pretende tratar a una persona *A* de manera distinta que a una persona *B* está obligado a fundamentarlo. En ambos casos, es el principio de universalidad y el de inercia el fundamento tanto del uso de los precedentes, como de la regla sobre la carga de la argumentación. Sin embargo, la coincidencia no se refiere exclusivamente a la incorporación del principio de universalidad, sino a su posición, en este caso, en el *procedimiento discursivo*<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 274.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 276. Otras coincidencias en la estructura de las reglas y formas de argumentación práctica general y jurídica son la importancia de la argumentación empírica, algunos cánones de interpretación que coinciden con el argumento teleológico y el argumento consecuencialista, y el uso de las formas de argumentos especiales.

## 5.6 La necesaria conexión entre discurso práctico general y discurso jurídico

La conexión más relevante entre el discurso práctico general y el jurídico no se encuentra, sin embargo, en la coincidencia estructural de las reglas y formas de argumentación, sino más bien en,

la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco del discurso jurídico<sup>90</sup>.

Ciertamente, la simbiosis entre argumentos institucionalizados (ley, dogmática y precedentes, todos ellos justificados en el principio de autoridad del derecho) y no-institucionalizados que logra las reglas y formas de fundamentación jurídica incide en una idea ya presentada. La consideración del derecho no sólo no logra desplazar a los argumentos prácticos discursivos sino que además éstos serán *necesarios* en el discurso jurídico, concretamente:

(1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos; (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados; (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos; (4) en la fundamentación del *distinguishing* y *overruling* y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna<sup>91</sup>.

**La regla de saturación** La regla de saturación ha sido formulada en relación a los cánones de interpretación (J.6) y a las formas de argumentación jurídicas especiales (J.18). En ambos casos se trata de un argumento cuya forma

sólo está completa si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma<sup>92</sup>.

*Saturar* un argumento consiste, por lo tanto, en establecer todas las premisas que exige su forma. Esta exigencia es evidente si se analiza, por ejemplo, la regla de interpretación teleológica (J.4.2) cuya forma es:

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 236.

- (1) Con  $R$  el legislador pretende alcanzar  $Z$
- (2)  $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$
- (3)  $R'^{93}$

$R'$  que representa la forma de interpretación teleológica, no resulta "saturada", es decir completada, si falta la premisa (2). Aquí "el que falte una premisa" no debe interpretarse como "el que haya sido omitida" sino más bien como que *la premisa no es válida*, o lo que es lo mismo que *no haya sido justificada*. La justificación de las premisas que integran una forma determinada de argumento viene así exigida bajo la mencionada regla de saturación.

Puede ocurrir que al utilizar una regla de interpretación teleológica  $R'$  se problematice a propósito de la premisa (1), es decir sobre el hecho de que el legislador pretenda realmente con  $R$  alcanzar los fines  $Z$ ; o incluso que los fines  $Z$  que pretende el legislador sean buenos. Los problemas que plantea la exigencia de saturación pueden ser o bien de carácter *empírico* si se cuestionan la veracidad de las premisas descriptivas que integran la forma de argumento, o bien de carácter *práctico general* en el caso de que se cuestione la corrección de las "premisas normativas que no son extraídas directamente de la ley"<sup>94</sup>. En un caso la regla de saturación exigirá justificar las premisas mediante argumentos empíricos; en el otro caso la justificación viene de la mano de argumentos prácticos generales<sup>95</sup>.

En fin, los argumentos prácticos generales no sólo son posibles en el marco del discurso jurídico sino que además vienen exigidos por vía de la *regla de saturación* de las formas de argumentos. Alexy los coloca así en el fundamento de las reglas de interpretación de los cánones históricos, comparativos y teleológicos, y en general de todas aquellas formas de argumentación que contengan premisas normativas no extraídas directamente de la ley.

**Fundamentar la elección entre distintas formas de argumentos** La teoría del discurso jurídico atribuye prioridad a las formas de argumentos vinculadas al derecho positivo: el argumento semántico y el genético. Sin embargo, esta prioridad es sólo *prima facie*, en tanto que otras razones no atribuyan la primacía de otras formas de argumentos<sup>96</sup>. Esta regla del discurso jurídico recogida en (J.7) deja abierta la puerta a la justificación, la fundamentación, del valor de los distintos cánones interpretativos, es decir a la cuestión

<sup>93</sup> La premisa (2) representa la norma  $R'$  que contiene la interpretación  $= I_W^R$  que garantiza el cumplimiento de los fines  $Z$ .

<sup>94</sup> Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p 236.

<sup>95</sup> *Ibidem*. También es plausible, a fin de justificar las premisas problematizadas, pasar a un discurso empírico o a otro práctico general gracias a las mencionadas *reglas de transición* discursivas.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 239.



de su jerarquía.

Ahora bien, como toda actividad justificativa estará guiada por razones y por reglas discursivas. La elección entre una forma de argumento u otra no se deja, sin embargo, al libre albedrío de los participantes sino que está sometida a la corrección procedimental. Las razones que se pueden aducir son argumentos prácticos de tipo general que se tendrán en cuenta no sólo para el caso discutido sino para todos los casos semejantes<sup>97</sup>. El principio de universalidad, de nuevo, se encuentra en la base de las formas de argumentos, y determina la regla de ponderación de su prioridad. Las reglas de ponderación enunciadas en (J.8) son, en definitiva, reglas que llaman a los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico, con el fin de justificar racionalmente el canon interpretativo elegido.

**Fundamentación de enunciados dogmáticos** El tercer punto de conexión entre el discurso práctico general y el jurídico lo ofrece la fundamentación de los enunciados dogmáticos. Destaca la relevancia que Alexy ha atribuido a la argumentación dogmática, a su valor en el discurso jurídico, especialmente porque no resuelve una cuestión previa: determinar hasta qué punto el trabajo de los científicos del derecho tienen un contenido normativo tal que necesite justificación.

Para Alexy parece que todo enunciado dogmático contiene un elemento normativo. Éste requiere una fundamentación racional sólo en el caso de que no derive directamente de las normas de derecho positivo<sup>98</sup>. En principio se pueden aducir argumentos dogmáticos para justificar racionalmente otros enunciados dogmáticos, pero a tal recurso se le puede objetar el problema de referirse *ab infinitum* a argumentos dogmáticos. La posible circularidad de la fundamentación se rompe al aducir argumentos prácticos generales para justificar los enunciados dogmáticos<sup>99</sup>.

Alexy distingue dos momentos en relación a los enunciados dogmáticos, en los que se requiere aducir argumentos prácticos generales: la fundamentación y la comprobación. Ésta última ocurre cuando se cuestiona si pueden ser aceptados tales enunciados dogmáticos,

*en relación con enunciados normativos singulares a fundamentar con ayuda de todos los otros enunciados dogmáticos y formulaciones de normas jurídicas, de acuerdo con las reglas del discurso práctico general*<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 252, énfasis en el original. Esta forma de comprobación se denomina sistemática en sentido

Los argumentos prácticos generales son utilizados como control de consistencia entre los enunciados dogmáticos a comprobar y el enunciado normativo singular (la decisión judicial) a justificar.

**Fundamentación de la separación y abandono de los precedentes** En su momento se indicó que la estructura de los precedentes coincide con la estructura de algunos argumentos prácticos generales, en concreto con el principio de universalidad y el de carga de la argumentación. Estos principios son la base misma de los precedentes judiciales, y por lo tanto, determinan su uso racional en el discurso jurídico.

Además de esta conexión con el discurso práctico general, los precedentes judiciales ofrecen otra: la necesidad de acudir a argumentos prácticos de tipo general para fundamentar la separación o el abandono de las decisiones judiciales precedentes<sup>101</sup>. En un caso, el de la separación, se trata de introducir una característica relevante del supuesto que no fue contemplada en el precedente, de manera que éste no llega a ser aplicado al caso aunque sigue siendo válido. En el caso del abandono, se rechaza el precedente en sí por considerarlo erróneo. Tanto los argumentos prácticos generales como todos los demás argumentos posibles en el discurso jurídico pueden ser utilizados para fundamentar las dos técnicas anteriores. Lo relevante es que el uso de estos argumentos será correcto (procedimentalmente correcto) en tanto que la estructura de los precedentes (el principio de universalidad y la regla de carga de la argumentación) asegure la racionalidad de los mismos.

**Fundamentación de los enunciados de la justificación interna** Aunque Alexy la haya mencionado en último lugar, lo cierto es que la fundamentación de los enunciados utilizados en la justificación interna es el primer punto de conexión entre la argumentación práctico general y la jurídica. Los modelos de razonamiento (J.1.1) y (J.1.2) ponían el énfasis no en la deducción lógica sino en la necesidad, en primer lugar, de hacer derivar el razonamiento de una norma universal, y en segundo lugar, de utilizar reglas para la deducción que no se extraen directamente del derecho positivo<sup>102</sup>. También la norma universal puede no ser de derecho positivo, en cuyo caso hay que construirla, es decir, hay que justificarla. En fin, para justificar tanto la norma universal cuanto las reglas utilizadas en la deducción lógica se recurrirá a los argumentos prácticos generales.

Se concluye así con una tesis, la necesidad de la argumentación práctica general, que

---

amplio.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 220.

parece estar en contradicción con la tesis inicial: la debilidad del discurso práctico general y la necesidad del discurso jurídico. Cabe entonces, plantearse dos interrogantes:

¿Por qué ha de ser la argumentación jurídica necesaria y cómo ha de poder alcanzar estos resultados, si, en último término, depende de la argumentación práctica general?<sup>103</sup>

Y parafraseando el anterior interrogante ¿por qué ha de ser la argumentación práctica general necesaria y cómo ha de poder alcanzar estos resultados, si, en último término, depende de la argumentación jurídica para superar sus debilidades?

La respuesta a ambas cuestiones es la misma: la *tesis del caso especial*. La argumentación jurídica es requerida, como ya indiqué, por la indeterminación cognitiva y la debilidad de voluntad del discurso práctico general. La tesis del caso especial adapta el discurso práctico general a las condiciones reales del discurso (tiempo, conocimiento y participación limitada), logrando como resultado, una argumentación especial, la jurídica, que tiene lugar según formas y reglas de fundamentación especiales. Ahora bien, este discurso especial, y éste es el núcleo de la tesis del caso especial, no consigue desplazar el discurso práctico general, sino que mantiene con éste una relación de necesaria conexión. Los principios prácticos generales, y especialmente el principio de universalidad es el fundamento del mismo discurso jurídico, el fundamento de su estructura procedimental y el fundamento de reglas y formas de argumentación. En fin, ni la argumentación jurídica puede reducirse a la argumentación práctica general ni viceversa.

## 5.7 Algunos puntos débiles

A la teoría de Alexy se le han dirigido críticas que inciden tanto en su teoría del discurso práctico general cuanto en la del discurso jurídico. En ambos casos se pone de manifiesto la debilidad del aspecto práctico discursivo, es decir del concepto de *verdad consensual*, y del aspecto procedimental, refutando en este caso el mismo concepto de *criterio de corrección procedimental*.

### 5.7.1 Críticas dirigidas al discurso práctico general

**La verdad consensuada** Sin lugar a dudas las más incisivas críticas que ha recibido la teoría del discurso vienen de la mano de Ota Weinberger que pone en tela de juicio

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 277.

los mismos *baluartes* de esta teoría. Uno de estos pilares es, como ya señalé, el concepto *verdad consensuada*, del cual refuta, en primer lugar, que la verdad sea una condición del razonamiento práctico, y en segundo lugar, que el consenso sea una condición de la verdad<sup>104</sup>.

La posición del filósofo checo parte de una concepción de razón práctica distinta a la adoptada por la teoría discursivista. Se puede entender que el razonamiento práctico consiste en la capacidad para establecer principios de evaluación y obligación, o bien que es un razonamiento conectado a las acciones. En el primer sentido no existe un razonamiento práctico porque no existe un conocimiento práctico<sup>105</sup> de manera que sólo se puede hablar de razón práctica en el segundo sentido, es decir en relación con acciones. En relación a las acciones no se puede sostener su veracidad o falsedad (cualidades atribuibles sólo a los enunciados descriptivos) sino más bien su *justificación* mediante buenas razones. En fin, la verdad no es una condición del razonamiento práctico<sup>106</sup>, como contrariamente sostiene la teoría del discurso, que desplaza, erróneamente, el criterio de la *bondad* de los argumentos y lo substituye por el de *veracidad* de las aseveraciones.

En mi opinión —añade Weinberger— la pragmatización del concepto de verdad conduce hacia un desastre filosófico: la verdad se convierte en una relación exclusiva entre los hablantes<sup>107</sup>.

Weinberger va más allá en su crítica y cuestiona que el consenso pueda entenderse como condición de la verdad. No niega la importancia de la opinión de los otros en la elaboración de juicios, pero lo que absolutamente rebate es que exista una relación necesaria entre el consenso de los hablantes y la verdad o corrección de las proposiciones alcanzadas. El ejemplo por antonomasia lo aporta cualquier situación de psicosis colectiva<sup>108</sup>, en la que el acuerdo entre los hablantes no determina, en absoluto, la corrección y menos aún la bondad del contenido del acuerdo.

---

<sup>104</sup>Estas consideraciones respecto de las debilidades de la teoría discursiva se extiende a otros filósofos discursivistas (Apel y Habermas entre otros).

<sup>105</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Conflicting Views on Practical Reason. Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy", en *Ratio Juris*, 1992, p. 253.

<sup>106</sup>Incluso en una estructura comunicativa como la discursiva, no sólo se puede mentir, sino que en ocasiones estamos obligados a ello. Es el caso de un prisionero de guerra que tiene la obligación de no contar la verdad al enemigo (*ibidem*).

<sup>107</sup>*Ibidem*, p. 257.

<sup>108</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en *Metatheorie juristischer Argumentation*, editado por W. Krawietz y R. Alexy, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, p. 192.

Alexy rebate esta crítica afirmando que la situación de psicosis de masas “es precisamente la opuesta a la situación de discurso racional”<sup>109</sup>. Dos argumentos sostienen tal idea. El primero dice que,

La teoría discursiva presupone que los participantes en un discurso, es decir los seres humanos tal y como existen actualmente, son capaces, en principio, de distinguir entre buenas y malas razones<sup>110</sup>.

El segundo argumento dice que si bien un consenso racional, es decir, el alcanzado cuando los participantes han adoptado las reglas discursivas, no garantiza la bondad de los argumentos o del acuerdo, sí garantiza la *corrección* o la racionalidad del mismo. Éste es el argumento de la *corrección procedimental* que también ha sido objeto de las críticas (furia) de Weinberger.

**La corrección procedimental** En este caso Weinberger niega que exista una relación necesaria entre la adhesión a ciertas reglas procedimentales (las reglas discursivas) y la corrección del resultado, de la proposición normativa. Las reglas discursivas no contienen criterios de validez material sino sólo procedimentales. Esto parece ser aceptado por Alexy cuando afirma que

se tiene que conceder que las reglas del discurso no garantizan la corrección de los argumentos<sup>111</sup>.

El criterio de corrección procedimental, en principio, sólo garantizaría la corrección del discurso y no de los argumentos. Pero la garantía sólo sería tal “en principio” porque Weinberger pone en duda incluso esta cualidad de la corrección procedimental. A pesar de que las reglas que ordenan el discurso (su corrección) no determinen la corrección de los argumentos, no son tampoco neutrales. Efectivamente, algunas de las reglas del discurso práctico general enumeradas por Alexy contienen “criterios de corrección y reglas que determinan un contenido permisible”<sup>112</sup>. En concreto, menciona la regla de no contradicción (1.1), la regla general de fundamentación (2) y el principio de universalidad introducido como regla de fundamentación (3.1)<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup>R. ALEXY, “A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason”, citado, p. 236.

<sup>110</sup>*Ibidem*.

<sup>111</sup>*Ibidem*, p. 236.

<sup>112</sup>O. WEINBERGER, “Basic Puzzles of Discourse Philosophy”, citado, p. 177.

<sup>113</sup>Alexy parece aceptar que las reglas discursivas contengan criterios de corrección puesto que las mismas reglas fundamentan derechos humanos, que constituyen además condiciones del discurso. Se trata del

Al aceptar el contenido material de las reglas discursivas, sostiene Weinberger, se deja la puerta abierta a conflictos entre las reglas del discurso y el resultado que se alcanza en discursos reales<sup>114</sup>. Es el caso en el que para lograr un consenso (alcanzar un resultado) es necesario violar alguna de las reglas del discurso, por ejemplo que todos los interesados hayan participado en la formación del juicio<sup>115</sup>. Entonces ¿el resultado es correcto? Si se responde afirmativamente, se acepta que las reglas del discurso no son una condición, un requisito para la corrección del discurso, puesto que a pesar de la violación de las reglas el consenso sigue siendo considerado racional. Si se responde negativamente, entonces ningún discurso real puede terminar con resultados correctos, puesto que las limitaciones del discurso real compelen a la omisión de ciertas reglas. En ambos casos Weinberger mantiene la irrelevancia y falsedad del principio de corrección procedimental.

### 5.7.2 Críticas a la conexión necesaria entre derecho y moral

Las anteriores críticas al criterio de corrección procedimental del discurso desembocan en un problema más: el de la oposición entre discurso ideal y discurso real. Sobre éste, Weinberger sostiene que los filósofos de la teoría del discurso han (abus)usado la terminología teórica-discursiva pero han dejado de lado la complejidad del discurso real<sup>116</sup>.

La *estrategia* utilizada por la teoría discursiva, y en concreto por Alexy, ha sido la de justificar la necesidad de un discurso real mediante el discurso ideal. Es decir, la atención se ha dirigido no a la complejidad del discurso real sino a la elaboración de un modelo comunicativo, el discurso ideal, cuyas condiciones sólo pueden satisfacerse de manera aproximada. En opinión de Weinberger, más que de un discurso definido como el mejor, nos encontramos ante un *discurso imposible*, cuyas condiciones no sólo no pueden realizarse aproximadamente, sino que además fracasa en su intento de dar requisitos indispensables para el discurso<sup>117</sup>.

Efectivamente, las características del discurso ideal, continuación ilimitada de la discusión, participación ilimitada, ausencia de poder, conocimientos universales, y corrección

---

“derecho a la vida, a la libertad, a la integridad de la persona, a la libertad de acción, creencia, opinión y reunión, la libertad de ocupación y propiedad, el derecho fundamental a un trato igual y a la participación en el proceso de formación de objetivos políticos” (R. ALEXY, “A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason”, citado, p. 246).

<sup>114</sup>Cfr. O. WEINBERGER, “Basic Puzzles of Discourse Philosophy”, citado, p. 177.

<sup>115</sup>*Ibidem*, p. 178.

<sup>116</sup>*Ibidem*.

<sup>117</sup>*Ibidem*, p. 174.

relativa<sup>118</sup> no son realizables de manera aproximada (tal y como sostiene Alexy) y por lo tanto, no pueden servir de requisitos en un discurso como el real en el que hay que establecer un límite de tiempo, algunas personas no tienen capacidad para participar, no existe ninguna situación libre de poder, los participantes carecen de conocimientos divinos y la posibilidad discursiva es una noción demasiado débil<sup>119</sup>.

### 5.7.3 Críticas al discurso jurídico

Además de los mencionados comentarios sobre el aspecto práctico discursivo y procedimental, a la teoría del discurso jurídico se le dirigen críticas que inciden en su tesis central: la necesaria conexión entre el discurso práctico general y el discurso jurídico.

**La relación entre las reglas del discurso práctico general y las del discurso jurídico** Como he señalado en el apartado anterior, la tesis de Alexy consiste en la elaboración de un modelo ideal de discurso cuyas debilidades (el problema sustantivo y de imposición) a la hora de considerar la situación real de deliberación, fueran superadas mediante la introducción del elemento institucional del derecho. La introducción del elemento institucional, el derecho, en la teoría discursiva no desplaza el discurso práctico general, como indiqué, sino que se establece una relación de necesaria conexión entre ambos. La coincidencia de algunas reglas y formas de fundamentación procedentes del discurso práctico general y del discurso práctico jurídico, además de la coincidencia (parcial) de la pretensión de corrección manifiestan la existencia de una conexión entre ambas formas de deliberación práctica. Las críticas siguientes inciden precisamente en lo adecuado de tal estrategia de argumentación.

Respecto a las reglas discursivas, en opinión de Habermas,

Alexy debería haber mostrado que los principios procedimentales y los criterios de interpretación . . . especifican las condiciones procedimentales universales de los discursos práctico morales desde el punto de vista de su conexión con el derecho válido. Una breve alusión a las similitudes estructurales de las reglas y formas de argumentación empleadas en ambas formas de discurso no satisface, desde luego, esta exigencia<sup>120</sup>.

Ciertamente, la coincidencia de algunas formas y reglas de fundamentación no son el

---

<sup>118</sup>En el sentido de posibilidad discursiva.

<sup>119</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Basic Puzzles of Discourse Philosophy", citado, pp. 174-175.

<sup>120</sup>J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, citado, p. 231

argumento principal a favor de la tesis de la necesaria conexión entre derecho y moral. Sin embargo la crítica de Habermas incide sobre un problema más de la teoría de la argumentación jurídica: la confusa relación entre las reglas del discurso práctico general y las del discurso jurídico. Weinberger ha denunciado tal confusión. A su entender, Alexy no ha aclarado si las reglas morales son válidas también para el discurso jurídico aunque hay que añadir otras, a fin de distinguir mejor entre razonamiento práctico general y razonamiento jurídico; o si bien algunas de las reglas del discurso práctico se aplican también al discurso jurídico<sup>121</sup>.

**La pretensión de corrección jurídica** La conexión necesaria del discurso práctico general y del discurso jurídico es también patente en el especial criterio de corrección jurídico: los enunciados jurídico-normativos (leyes, dogmática y decisiones judiciales) tienen una pretensión de validez, de corrección que combina aspectos de la validez moral y de la validez jurídica. En concreto se dice que una norma jurídica tiene que ser correcta en el marco del derecho. En palabras de Tuori:

las normas jurídicas y las decisiones judiciales pretenden una validez análoga a las normas morales, es decir, la pretensión de corrección normativa<sup>122</sup>.

Ambos aspectos, la validez moral y jurídica, serán controlados en el mismo procedimiento, el jurídico. Weinberger ha subrayado que en la teoría discursiva (y esto vale tanto para el discurso práctico general como para el jurídico) existe una confusión entre dos conceptos de corrección procedimental distintos<sup>123</sup>. De un lado, un concepto *relativo* según el cual se presupone que no hay una única respuesta para las cuestiones prácticas. De otro lado, un concepto procedimental absoluto según el cual la adhesión a las reglas procedimentales determina la corrección del resultado<sup>124</sup>.

El criterio de corrección jurídico, su doble contenido, encuentra ciertos problemas para resolver los conflictos planteados por leyes injustas o incorrectas. Es el caso de un juez que debe resolver un caso según una norma injusta que permite el despido de mujeres embarazadas, una forma de discriminación por razón del sexo. Según el criterio de corrección jurídico propuesto por Alexy, el juez puede *declarar procedente el despido*

<sup>121</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Conflicting Views on Practical Reason. Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy", citado, p. 266.

<sup>122</sup>K. TUORI, "Discourse Ethics and the Legitimacy of Law", en *Ratio Juris*, 1989, p. 129.

<sup>123</sup>Cfr. O. WEINBERGER, "Conflicting Views on Practical Reason", citado, p. 263.

<sup>124</sup>El contraargumento de Alexy es bien conocido: la corrección es una idea regulativa cuya realización depende del discurso real (cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 302-303).



de M (una mujer embarazada) aunque la ley sea injusta, o bien declarar el despido de M improcedente porque la ley es injusta. Ambas decisiones son *jurídicamente incorrectas*: la primera por motivos de corrección moral y la segunda porque la decisión no ha sido elaborada en el marco del derecho válido. Así quiero llegar al centro de la crítica al principio de corrección jurídica: su incapacidad de servir como criterio de racionalidad de la actividad judicial.

Alexy admite que la racionalidad discursiva no puede determinar el contenido de la decisión judicial, especialmente en casos como los de leyes injustas. Sin embargo sostiene que problematizar sobre la justicia de la leyes tiene que ver con los límites mismos de la argumentación jurídica. Si todas las normas contuvieran una respuesta, los casos se resolverían por subsunción y no habría lugar para la argumentación. El criterio de corrección jurídico, finalmente,

conforma la razón para su incorrección, y la medida para su crítica<sup>125</sup>.

Las debilidades del criterio de corrección convencen a Habermas a sostener que debe dirigirse a la racionalidad de la legislación más que a la racionalidad de las decisiones judiciales. Habermas entiende que la corrección en el marco del derecho significa, acertadamente, la corrección en el marco de la armonía derecho-moral. Es decir, una decisión judicial es correcta si está basada en una ley válida que además es moralmente correcta. Esta armonía, sin embargo, no tiene lugar en el escenario de la actividad judicial sino en el procedimiento legislativo. En otras palabras, el criterio de corrección jurídica (el núcleo de la *tesis del caso especial*) sólo vale si "se presupone la justicia del Derecho positivo"<sup>126</sup>. Puesto que éste no es el caso, puesto que existen leyes discriminatorias por razón del sexo, el criterio de corrección jurídica, de nuevo, muestra su debilidad para resolver problemas de fricción entre la validez jurídica y la moral en sede judicial.

Para Habermas, el hecho de que la teoría de la argumentación jurídica se haya detenido en la necesaria conexión entre el derecho y la moral, ha determinado, su incapacidad para explicar la complejidad del discurso jurídico. Dos razones explican esta incapacidad. En primer lugar, Alexy, sostiene Habermas, no ha distinguido los dos niveles distintos de comunicación que responden a dos criterios discursivos distintos: la universalidad, para el discurso de justificación de las normas, y la adecuación, para el discurso de aplicación<sup>127</sup>. En segundo lugar, la actividad jurídica discursiva, y especialmente la desarrollada por las

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 317.

<sup>126</sup> M. ATIENZA, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, citado, p. 225.

<sup>127</sup> Cfr. J. HABERMAS, "Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law", en *Cardozo Law Review*, 1996, p. 1532.

partes involucradas, está inspirada no tanto en la búsqueda de la verdad, cuanto en la satisfacción de los propios intereses, es decir, en la obtención de la solución que mejor les convengan. Por eso Habermas habla de *acción estratégica*<sup>128</sup>.

## 5.8 Algo que rescatar

A pesar de las críticas que ha recibido la teoría del caso especial de Alexy, creo que éste represente uno de los mejores esfuerzos teóricos a la hora de explicar la complejidad del razonamiento jurídico, y en concreto del judicial. Dos razones, fundamentalmente apoyan esta conclusión.

En primer lugar, se trata de una teoría discursiva que se ha esforzado en establecer y justificar una relación: la que existe entre el discurso práctico general y el discurso jurídico. A diferencia de Günther, en la teoría de Alexy la introducción del elemento institucional del derecho en la deliberación no significa la renuncia al aspecto práctico general. Por eso, concluye Alexy, existe una conexión entre el discurso práctico general y el discurso jurídico, hasta el punto de que éste último es un caso especial del primero. La conexión se concretiza en la coincidencia entre reglas y formas del discurso práctico general y el discurso jurídico, y sobre todo, en la necesidad de introducir argumentos prácticos generales en el razonamiento jurídico.

En segundo lugar, el criterio de corrección jurídica es un criterio procedimental, y ahí radica su relevancia en la práctica judicial. Weinberger critica el hecho de que la adhesión a las reglas discursivas si bien garantiza la corrección del procedimiento, no garantiza la bondad del resultado o la bondad de los argumentos<sup>129</sup>. Ésta, sin embargo, no es una crítica cierta, puesto que el mismo Alexy reconoce que el criterio de corrección procedimental sólo alcanza a la deliberación, no a los resultados. Alexy insiste en que la pretensión de corrección no es una condición de éxito sino una condición del juego<sup>130</sup>. Es un criterio, el de corrección procedimental, que si bien no ayuda en la determinación del resultado, sí permite la reducción de la irracionalidad<sup>131</sup>, en tanto que la adhesión a reglas y formas discursivas racionaliza la deliberación. Alexy ha querido así, elaborar un

---

<sup>128</sup>Cfr. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, citado, p. 231. En el mismo sentido, véase U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, pp. 84 y ss.

<sup>129</sup>Véase O. WEINBERGER, "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", citado, pp. 193 y ss.

<sup>130</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 317-318.

<sup>131</sup>*Ibidem*, p. 304.

criterio no absoluto o concluyente, que, como el ofrecido por Günther, adolece de una vaguedad tal que lo hace irrelevante en la práctica judicial<sup>132</sup>. Se quiere así, un criterio que al no ser absoluto o concluyente, aunque no ayude en la determinación del mejor resultado, sí lo hace en la reducción de la irracionalidad de la deliberación. Las reglas y formas de justificación, finalmente, asisten al juez en su actividad, puesto que la adhesión a las mismas garantizará la racionalidad y corrección de la deliberación, y por qué no, la racionalidad y corrección del resultado.

Por lo tanto, la teoría del discurso jurídico de Alexy explica el razonamiento jurídico como una actividad discursiva de justificación de las decisiones. Este discurso está determinado por su conexión con el discurso práctico general (concretamente, el jurídico es un caso especial del discurso práctico general) y por su aspecto procedimental (la adhesión a las reglas que regulan la deliberación determinan la corrección y racionalidad del procedimiento).

Un ejemplo de hasta qué punto la teoría de Alexy pueda ser útil para el razonamiento judicial lo ofrece, precisamente, los precedentes judiciales. El mérito, concretamente, es ofrecer una fundamentación de su uso que va más allá de su vinculación al derecho positivo.

Los precedentes judiciales están fundamentados, ya lo he indicado, en las reglas discursivas de universalidad (entendida como principio de justicia formal) y de carga de la argumentación (similar al principio de inercia de Perelman). Esto quiere decir que los precedentes representan estas dos reglas principales del discurso práctico y que su utilización garantiza, entre otras cosas, la corrección del discurso.

Utilizar los precedentes judiciales en el razonamiento jurídico significa dos cosas:

- Argumentar según el principio de universalidad. Éste justifica el seguimiento de los precedentes judiciales.
- Argumentar según argumentos prácticos de tipo general que acudirán al razonamiento judicial según las mencionadas reglas de universalidad y de carga de la argumentación.

A diferencia de los modelos de uso del precedente fundados en el principio de justicia formal, el elaborado por Alexy ofrece la ventaja de garantizar no sólo la seguridad

---

<sup>132</sup> "Como el concepto de coherencia —dice Alexy— el de adecuación es muy vago para resolver el problema de la decisión jurídica racional" (R. ALEXY, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", citado, p. 1032).

jurídica y la protección de la confianza (gracias a su seguimiento racional) sino también la corrección de su separación y/o abandono. Esta última puede interpretarse como una forma de garantía de la seguridad jurídica.

Argumentar según precedentes consiste en acudir a argumentos prácticos de tipo general (y otros argumentos posibles en el discurso jurídico) que serán utilizados racionalmente, o si se quiere correctamente, según las reglas discursivas que fundamentan los precedentes. No es, obviamente, la panacea de la argumentación jurídica, pero el uso de los precedentes según el modelo procedimental de Alexy ofrece un *extra* en la racionalidad de las decisiones.

## Capítulo 6

# Fundamentación y uso de los precedentes

### Introducción

El modelo de razonamiento jurídico y el modelo de uso de los precedentes están estrechamente relacionados, ya que el contenido concreto atribuido a la actividad judicial, al razonamiento práctico de jueces y magistrados, determinará el marco en el cual el mencionado estudio analítico-normativo sobre el uso y los fundamentos tendrá lugar.

A lo largo de los anteriores capítulos he ido definiendo paulatinamente el contenido del razonamiento judicial, y el modelo teórico más adecuado para explicar este razonamiento. Considero que la actividad judicial es una actividad de *argumentación racional* que expresa un compromiso entre la predictibilidad de las decisiones —la vinculación al tenor literal del derecho— y la justicia —la vinculación a consideraciones morales o prácticas generales<sup>1</sup>. El enfoque dado por la teoría de la argumentación jurídica de Alexy permite, y de ahí su relevancia para esta investigación, reunir los aspectos más importantes de esta argumentación racional:

- El aspecto *práctico*, en tanto que la actividad judicial concierne qué se debe hacer en un caso concreto. De este aspecto práctico del razonamiento jurídico, se sigue su aspecto *justificativo*, es decir, las decisiones judiciales, que contienen proposiciones prescriptivas sobre qué hacer, deben justificarse de acuerdo a (buenas) razones.
- El aspecto *deliberativo*, en tanto que la fuerza o bondad de las razones que justifican

---

<sup>1</sup>Cfr. A. PECZENIK, “Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning”, citado, p. 121.

una decisión judicial son objeto de evaluación.

- El aspecto *procedimental*, en tanto que la deliberación debe transcurrir según unas reglas y formas que garantizan la corrección y racionalidad de la misma.

Éste es, en líneas generales, el modelo de razonamiento judicial en el que propongo un *modelo de vinculación relativa de los precedentes* que combina tanto su *uso interpretativo de las leyes* como su *uso argumentativo de las decisiones*. En concreto, sostendré que utilizar decisiones anteriores en la práctica judicial significa *seguir y no seguir* los precedentes. Ambos significados descansan en una concepción argumentativa del uso de los precedentes que sólo puede desarrollarse en el marco de un modelo también argumentativo del razonamiento jurídico<sup>2</sup>.

## 6.1 Un fundamento racional

Parece relativamente pacífico asumir que el precedente judicial no es sino la decisión judicial anterior a un caso concreto que será utilizada para la solución de casos posteriores. La pregunta es ¿por qué utilizar una decisión anterior para solucionar casos posteriores?, o en otros términos ¿cuál es el *fundamento* de los precedentes judiciales?

La cuestión acerca del fundamento de los precedentes es suficientemente atractiva, al menos así me lo parece, en tanto que con su respuesta se quiere dar una explicación racional a la relevancia de las decisiones anteriores (satisfaciendo así una natural curiosidad). Pero yendo más lejos, el interés por el fundamento de los precedentes reside en la posibilidad de explicar el concreto uso de estos instrumentos jurídicos por parte de jueces y tribunales en la aplicación del derecho. El por qué seguir un precedente y cómo esta razón afecta a su uso en el razonamiento judicial me parecen, por lo tanto, dos cuestiones estrechamente relacionadas.

Si algo hace coincidir la vasta bibliografía sobre el tema que ahora me ocupa es precisamente el rechazo a cualquier recurso a la tradición. La idea según la cual la razón que explica el seguimiento de los precedentes es el respeto a la tradición (el hecho de que ya se ha decidido en un sentido y que por tanto ésta deba ser la línea a seguir) contradice el espíritu de la filosofía<sup>3</sup>, es decir, de la misma actividad justificativa, para la cual es del todo irrelevante el aspecto local, ya sea espacial o temporal de los postulados. Una

---

<sup>2</sup>De ahí que hasta ahora me haya concentrado en el estudio de distintos modelos teóricos que explican la actividad judicial.

<sup>3</sup>Cfr. A.T. KRONMAN, "Precedent and Tradition", en *The Yale Law Journal*, 1990, p. 1037.

fundamentación racional de los precedentes, según lo apenas indicado, deberá ser válida para cualquier sistema jurídico (irrelevancia de lo espacial) y especialmente no podrá reivindicar una vinculación al pasado, del acaecer del tiempo (irrelevancia de lo temporal).

Siguiendo las anteriores pautas, la filosofía del derecho ha elaborado distintos modelos explicativos de la relevancia de los precedentes que básicamente se podrían ordenar bajo dos tipos de argumentos. Por un lado el denominado argumento *pragmático* y por otro el argumento *conceptual*. Según el primero, la razón para seguir los precedentes se encuentra en los beneficios que con ello se obtienen: la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales<sup>4</sup> entre otros. Según el argumento conceptual, la razón para seguir los precedentes es el principio de igualdad<sup>5</sup>, es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante. La igualdad como principio moral básico, incluye no sólo a los iguales en un momento contemporáneo sino a los que nos precedieron y nos seguirán en el tiempo<sup>6</sup>.

Tanto el argumento pragmático como el conceptual son correctos desde el punto de vista filosófico porque se refieren, respectivamente, a beneficios para la comunidad jurídica o un principio moral ajenos a una referencia local-temporal. Ahora bien, los precedentes son decisiones *anteriores* y la cuestión acerca de su fundamento se plantea en la solución de casos *futuros*. Es decir, la cuestión del fundamento de los precedentes no puede escapar al hecho de que el tiempo discurre en una única dirección y que la razón primera por la que se recurre a los precedentes judiciales es que son decisiones anteriores. En este sentido, los mencionados argumentos pragmático y conceptual sirven para aceptar que haber hecho algo en el pasado es, en determinadas circunstancias, una razón para seguir haciéndolo en el presente. En otras palabras, los argumentos pragmático y conceptual *racionalizan* el fundamento de los precedentes<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup>De cara a la carrera judicial, un juez, a fin de ganar cierto prestigio entre los miembros de un órgano judicial superior, puede que siga los precedentes de este órgano para evitar que sus decisiones sean rechazadas en apelación.

<sup>5</sup>También se puede entender que es el derecho de las personas a ser tratadas de la misma forma (cfr. A.T. KRONMAN, "Precedent and Tradition", citado, p. 1039).

<sup>6</sup>*Ibidem*.

<sup>7</sup>En concreto el argumento pragmático permite la adhesión al precedente no porque el pasado tenga alguna autoridad sino porque es el punto de partida para lograr un beneficio a la comunidad jurídica; el argumento conceptual, por otro lado, permite tal adhesión en tanto que es un método para atribuir efecto operativo a un principio moral básico, el de igualdad.

### 6.1.1 Un abanico de fundamentos

El enfoque que he adoptado en la tarea de fundamentar racionalmente los precedentes judiciales podría calificarse de *justificativo* y *gradual*. Desde una perspectiva justificativa como la adoptada, los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales. Vista así la actividad judicial, es decir, como actividad justificativa, y las decisiones anteriores, como argumentos o razones, se puede concluir que no existen demasiadas diferencias entre los sistemas de derecho común y de derecho civil<sup>8</sup>. El fundamento de los precedentes debe, además, adoptar un enfoque gradual porque la justa combinación de argumentos pragmáticos y conceptuales logrará explicar en toda su complejidad su uso en el razonamiento jurídico. En concreto mencionaré, siguiendo a Perelman, tres argumentos como fundamentos racionales de los precedentes: el argumento *ab exemplo*, el de autoridad, y el quasi-lógico o de justicia formal.

## 6.2 El argumento *ab exemplo*

El punto de partida de esta búsqueda del fundamento(s) del precedente debe dar comienzo con el argumento *ab exemplo*:

es aquel argumento por el cual a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido ya atribuido por alguien, y por este solo hecho<sup>9</sup>.

Éste es el fundamento básico, esencial y por eso imprescindible de los precedentes judiciales. Recoge perfectamente su uso *interpretativo*: puesto que las normas jurídicas no contienen su propia aplicación, éstas deben completarse con la interpretación anterior. Los jueces acuden a decisiones precedentes para aclarar el significado de las normas, saber como interpretarlas y que significado atribuirles. En este sentido las diferencias entre los sistemas de derecho civil y de derecho común no deben exagerarse<sup>10</sup> porque en ambos sistemas la relevancia práctica de los precedentes es la misma: saber cómo ha sido judicialmente interpretado el derecho<sup>11</sup>.

<sup>8</sup>Cfr. R. SUMMERS, M. TARUFFO, "Interpretation and Comparative Analysis", en *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, editado por R. Summers y D. N. MacCormick, Alderstot, Dartmouth, 1991, p. 487.

<sup>9</sup>G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 372.

<sup>10</sup>Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, citado, pp. 218-219.

<sup>11</sup>La importancia del derecho escrito, indica Taruffo, es cada vez más importante en los sistemas de derecho común (cfr. M. TARUFFO, "Per un'analisi comparata del precedente giudiziario", en *Ragion*



El recurso a un ejemplo hace suponer que las decisiones anteriores contienen una regla nueva (la contenida en la *ratio decidendi*)<sup>12</sup> que será utilizada en la justificación de la nueva decisión judicial. El recurso a esa regla, a la decisión anterior, está justificado mediante el argumento *ab exemplo*.

A la elección del argumento *ab exemplo* como primer paso en la justificación de los precedentes puede parecer trivial, especialmente si se considera que en el uso de éstos aparecen involucrados otros criterios, como el de seguridad jurídica, autoridad, previsibilidad de las decisiones o el principio de igualdad, que son extraños al argumento *ab exemplo*. Sin embargo, estoy convencida de que éste es el marco adecuado en el cual deba elaborarse el modelo racional del uso de los precedentes porque favorece el aspecto interpretativo del derecho y argumentativo de las decisiones judiciales. En este sentido Taruffo señala que la función del ejemplo es ilustrativa o eurística:

El ejemplo sirve para hacer entender, explicar, descubrir los posibles significados y aplicaciones de una norma, o para individuar los casos en los que esta norma sea ambigua o incierta. Desde este punto de vista, el ejemplo es un instrumento de interpretación y de control de la interpretación<sup>13</sup>.

El mismo Taruffo considera que esta función reservada al ejemplo permite su distinción respecto del precedente, al que se asigna una función preceptiva<sup>14</sup>. Discrepo, sin embargo, de tal distinción. No es necesario un análisis extenso de la actividad judicial en los países de derecho civil, para convencerse de que los precedentes más que reglas de derecho expresan criterios interpretativos. En este sentido, las decisiones anteriores son un “instrumento de interpretación y de control de la interpretación”. Nada más adecuado que utilizar el marco ofrecido por el argumento *ab exemplo* para explicar el fundamento y uso de los precedentes. Se logran así dos objetivos. En primer lugar, explicar la función de los precedentes en el razonamiento judicial desde el punto de vista del razonamiento jurídico (de la argumentación) y no desde el punto de vista de su reconocimiento (o no) en el elenco de fuentes del derecho del mismo sistema jurídico; y, en segundo lugar, proponer

---

*Pratica*, 1996, p. 55). Este fenómeno no sólo relativiza la importancia absoluta de los precedentes judiciales en tales sistemas, sino que además modifica su uso, que ahora compagina el elemento de creación del derecho con el de interpretación de las leyes escritas

<sup>12</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 275.

<sup>13</sup>M. TARUFFO, “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1994, p. 32.

<sup>14</sup>Por ésta entiende Taruffo la función de expresar una regla (*regula iuris*) que debe ser aplicada a los casos sucesivos (*ibidem*).

un modelo válido para cualquier sistema jurídico en tanto que el valor de los precedentes estará en función de la justificación de las decisiones.

Aunque esencial, el argumento *ab exemplo* no constituye, sin embargo, el único contexto del precedente<sup>15</sup>. Cuestiones sobre la obligatoriedad (o menos) de tomar en cuenta los precedentes, la identificación de los precedentes a seguir, cómo y cuando seguirlos, o cómo y cuando modificar o abandonar las reglas en ellos contenidos, escapan del ámbito explicativo del mencionado argumento. Por esta razón, se propone una fundamentación gradual que teniendo como marco el mencionado argumento *ab exemplo*, también dé cabida a otros argumentos, en concreto al de *autoridad* y de *justicia formal*<sup>16</sup>.

### 6.3 El argumento de autoridad

Perelman reserva al argumento de autoridad un lugar dentro de los denominados argumentos basados en la estructura de lo real<sup>17</sup>, y defiende su consideración en el ámbito del razonamiento argumentativo.

El argumento de autoridad —dice Perelman— utiliza actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como medio de prueba en favor de una tesis<sup>18</sup>.

Este argumento de autoridad justifica el uso (argumentativo) de los precedentes que logran ejercer su influencia en el razonamiento de otros jueces o en la solución de otros casos por el simple hecho de su fuente material. Las decisiones quedan, por así decirlo, impregnadas de la autoridad reconocida al juez o tribunal que las elaboraron, o en otras palabras, es la misma autoridad de su autor la que fundamenta su uso en la solución de

---

<sup>15</sup>Taruffo considera que debe existir una diferencia entre el argumento ejemplificativo y el precedente judicial porque en no pocas ocasiones una decisión anterior puede utilizarse a modo de ejemplo y no a modo de precedente. La obligación de tener en cuenta los precedentes, así como su carácter preceptivo y universal (cualidad ésta referida a la *ratio decidendi*) son algunos de los criterios mencionados para justificar la anterior distinción (*ibidem*, pp. 29 y ss.).

<sup>16</sup>Tarello, por su parte, considera que estos argumentos extra son los que justifican el mismo argumento *ab exemplo*: “aquel de la seguridad y previsibilidad de las aplicaciones futuras del derecho y aquel otro de la igualdad en el tratamiento de casos que se considera deben ser regulados por un mismo enunciado normativo” (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, citado, p. 373).

<sup>17</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, pp. 410 y ss.

<sup>18</sup>*Ibidem*, p. 411.

casos posteriores. Por este motivo, Perelman define el argumento de autoridad como el vínculo entre las personas y sus acciones<sup>19</sup>.

La autoridad, o mejor, el argumento de autoridad no fundamenta, sin embargo, un uso vinculante de los precedentes. *Influenciar el razonamiento*, por usar los mismos términos de Perelman, no significa imponerse en el razonamiento de otros jueces o tribunales. Dos razones, al menos, así lo indican: en primer lugar el principio de independencia judicial y, en segundo lugar, la relación de este argumento con el resto de la argumentación impiden hablar de una vinculación rígida a los precedentes.

Si el argumento de autoridad no consigue fundamentar la vinculación de los precedentes, ¿cual es entonces su función? En un modelo centrado en su uso argumentativo, la función del argumento de autoridad es la de determinar qué precedentes seguir (o no seguir). Esta cuestión, por otro lado, está estrechamente relacionada con el aspecto institucional de la aplicación del derecho:

La dimensión institucional del precedente revela hasta qué punto el uso del precedente está estrechamente relacionado con factores relativos a la organización judicial y con el modo en el cual se llevan a cabo las relaciones de autoridad dentro del sistema<sup>20</sup>.

La autoridad reconocida a los precedentes depende en gran parte de la posición jerárquica del órgano judicial que emitió la decisión y del órgano que ahora la sigue. Esta relación permite, siguiendo a Gascón<sup>21</sup>, distinguir hasta tres modalidades de precedentes judiciales:

- El *precedente vertical* consiste en el seguimiento de las decisiones emitidas por los órganos judiciales superiores. La mayor preparación profesional exigida a los miembros de estos tribunales jerárquicamente superiores avala el reconocimiento de cierto prestigio o autoridad a las decisiones que ellos emiten. Sin embargo, será la plasmación de la organización jerárquica del poder judicial en un sistema de recursos judiciales, y especialmente en el recurso de casación, lo que definitivamente consagra la observancia de los precedentes (verticales). Como sugiere Galgano<sup>22</sup>, en los sistemas de derecho civil, paradójicamente, se niega la fuerza vinculante de los

---

<sup>19</sup>Cfr. CH. PERELMAN, *The New Rhetoric and the Humanities*, citado, p. 21.

<sup>20</sup>M. TARUFFO, "Dimensioni del precedente giudiziario", citado, p. 416.

<sup>21</sup>Véase M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, citado, pp. 35 y ss.

<sup>22</sup>Cfr. F. GALGANO, "Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile", en *Contratto e impresa*, 1985, p. 42.

precedentes, a la vez que se reconoce autoridad a la jurisprudencia constante (fundamentalmente, mediante el recurso de casación).

- El *precedente horizontal* se refiere a la decisión de un juez o tribunal que es considerada por un órgano judicial homólogo. En este caso la relación se caracteriza por la ausencia de un vínculo jerárquico. Más que hablar de precedente en sentido propio, indica Taruffo<sup>23</sup>, habría que hablar de un uso ejemplificativo de las decisiones anteriores.
- Finalmente, el “autoprecedente” se refiere al seguimiento por un juez o tribunal de sus propias decisiones. Es evidente que más que un vínculo jerárquico, el fundamento de tal uso está en el principio de universalidad<sup>24</sup> según el cual casos iguales deben ser tratados de forma similar. Esta exigencia de igualdad no sólo se refiere a las decisiones pasadas, sino que se extiende hacia las decisiones futuras. Es decir, no sólo hay que decidir casos presentes de forma similar a casos análogos anteriores, sino también y sobre todo hay que estar dispuesto a mantener el mismo criterio en casos similares posteriores.

Cada una de estas modalidades de precedentes representa una mayor o menor complejidad en su fundamento. Mientras que los denominados “autoprecedente” y precedente horizontal se justifican básicamente mediante el principio de universalidad y el argumento *ab exemplo*, el precedente vertical añade un elemento de autoridad. El reconocimiento de esta autoridad, como he mencionado, se debe al prestigio de su fuente material, a su reconocimiento por parte de la comunidad jurídica; también se debe, y de manera más evidente, a la posición jerárquica del órgano judicial, y sobre todo a la imposición, por parte del mismo sistema jurídico, de su observancia de cara al recurso de casación.

En la institución de la casación aparece implícita la vinculación a la (constante) jurisprudencia emanada por el tribunal de casación (sea éste el Tribunal Supremo, el *Bundesgerichtshof* o el *Hoge Raad*). La razón que justifica la autoridad de unas decisiones y la misma institución de la casación es el principio de unidad y de predicción de las decisiones judiciales. Imponer el seguimiento de decisiones, y determinar qué decisiones se deben seguir permite una práctica que garantiza la uniformidad de la aplicación del derecho. El seguimiento de los precedentes autoritativos constituye así una garantía de la justicia y

---

<sup>23</sup>Cfr. M. TARUFFO, “Dimensioni del precedente giudiziario”, citado, p. 417.

<sup>24</sup>En la siguiente sección tendré oportunidad de explicar la relevancia de este principio de universalidad para el fundamento de un uso argumentativo de los precedentes.

la certeza de la aplicación de las normas<sup>25</sup>.

Un fundamento autoritativo de los precedentes, según lo analizado hasta ahora, permite individuar qué precedentes seguir (los del órganos casacional) y contribuye a la unidad en la aplicación del derecho. Ahora bien, no hay que confundir este elemento de autoridad con lo que Taruffo llama “el monopolio de la verdad”<sup>26</sup>. El valor atribuido a las decisiones de los órganos de casación no significa que éstas sean, por definición, las únicas decisiones posibles, las únicas que contienen una interpretación exacta y auténtica del derecho. Un tribunal que juega un papel estático y de homogeneización, dice Taruffo,

más que el controlador de la legalidad, es el garante de la conservación y el obstáculo principal a la evolución del derecho y a su adaptación a las necesidades reales de justicia<sup>27</sup>.

Reducir el uso de los precedentes al seguimiento de decisiones anteriores por el único motivo de la atribución de cierta autoridad es un uso que queda lejos de los valores que sustenta y persigue el mismo sistema jurídico. Se quiere que las decisiones sean predecibles, es más, desde el punto de vista moral, la predicción de las decisiones no significa sino un alto nivel de justicia en la aplicación del derecho, en el sentido de justicia formal. Pero también se quiere que las decisiones judiciales sean correctas, sean aceptables. El principio de seguridad jurídica expresa este compromiso entre un alto grado de predicción y la aceptabilidad moral de las decisiones judiciales<sup>28</sup>. Refuta este valor elemental de seguridad jurídica el sistema que, a pesar de garantizar un alto nivel de predicción de las decisiones, permita el seguimiento de decisiones erróneas, incorrectas o inaceptables.

Esto me lleva a una última consideración a propósito del argumento de autoridad. Un modelo del uso de los precedentes debe, sin lugar a dudas, aceptar este argumento de autoridad, tanto por razones prácticas —determinar qué decisiones seguir—, cuanto por razones morales —la unidad de la aplicación del derecho y con ello el mismo principio de justicia formal. Ahora bien, este modelo debe incluir un mecanismo que permita rechazar aquellas decisiones incorrectas o inaceptables, aquellas decisiones, en fin, cuyo seguimiento uniforme sería en detrimento de la aceptabilidad moral de la aplicación del derecho<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup>Cfr. J. WRÓBLEWSKI, “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*”, citado, p. 228.

<sup>26</sup>Véase M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Il Mulino, Bolonia, 1991, p. 85.

<sup>27</sup>*Ibidem*, p. 86.

<sup>28</sup>Cfr. A. PECZENIK, “Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning”, citado, p. 134.

<sup>29</sup>Véase J. WRÓBLEWSKI, “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*”, citado, p. 227.

Esta posibilidad que Wróblewski apunta está siendo resuelta desde el punto de vista de la argumentación jurídica con lo que Taruffo denomina *el cambio justificado*<sup>30</sup>. Consiste en sostener el seguimiento uniforme de un criterio interpretativo salvo que no surgan razones que justifiquen el cambio o abandono del criterio precedente y la adopción de otro nuevo. Para fundamentar éste uso de los precedentes (seguimiento y no seguimiento justificado) hay que acudir al tercer y último elemento del modelo de justificación gradual de los precedentes: la regla de justicia.

## 6.4 La regla de justicia

El tercer y último argumento del fundamento gradual de los precedentes es el quasi-lógico o de justicia formal. Éstos reciben tal denominación de acuerdo con su fundamento: el principio de justicia formal (también denominado *regla de justicia*)<sup>31</sup>, que exige que seres o situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de forma idéntica. Para que la regla de justicia sea válida, señala Perelman, el principio de justicia formal debe ser completado con el *principio de inercia*<sup>32</sup>, gracias al cual es posible introducir cambios en el tratamiento de personas o casos semejantes siempre que estos estén justificados.

La regla de justicia formal puede que sea el más evidente de los fundamentos del precedente judicial: la razón por la que se puede pasar de casos pasados a casos futuros. Es, además, el primer requisito de la racionalidad: la exigencia de tratar igual a lo semejante frente a la arbitrariedad de las decisiones<sup>33</sup>. Ambas vertientes, como fundamento de los precedentes y como requisito mínimo de racionalidad, convierten el principio de justicia formal en un instrumento excepcional para explicar el uso y la relevancia de las decisiones judiciales anteriores en la *justificación* de las nuevas sentencias. La tesis según la cual la relevancia de los precedentes judiciales radica en su valor justificativo encuentra en el principio de justicia formal el mejor argumento.

Un análisis superficial de la regla de igualdad podría cuestionar, por un lado, su

---

<sup>30</sup>Cfr. M. TARUFFO. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, citado, p. 96.

<sup>31</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 294.

<sup>32</sup>*Ibidem*.

<sup>33</sup>Lyons, por su parte, ha interpretado esta exigencia como el primer requisito de justicia lo que muestra la relevancia moral del principio que me ocupa (D. LYONS, "Formal Justice, Moral Commitment, and Judicial Precedent", en *The Journal of Philosophy*, 1984, p. 581).

relevancia conceptual<sup>34</sup> y por otro, su relevancia moral<sup>35</sup>. Esta investigación incidirá precisamente en lo contrario, en la relevancia conceptual y moral del principio de justicia formal (y de los precedentes judiciales en tanto que fundados en él) en relación con la idea de *justificación* racional de las decisiones. Para ello distinguiré entre el aspecto *lógico* o formal y el aspecto *moral* de la regla de justicia, que coinciden con la distinción entre dos niveles de racionalidad interna y externa<sup>36</sup>. Desarrollaré esta distinción sosteniendo que el aspecto lógico del principio de justicia formal comprende, en un nivel que se puede denominar “imprescindible”, la universalidad de las razones que justifican una decisión y, en otro nivel “mínimo”, la consistencia del razonamiento. El aspecto moral, por su parte, está en estrecha relación con la idea de coherencia del razonamiento.

De las reglas de universalidad, de consistencia y de coherencia me paso a ocupar inmediatamente.

#### 6.4.1 La regla de universalidad

Una adecuada comprensión de los precedentes, sostiene MacCormick, es sólo posible desde el punto de vista de la justificación<sup>37</sup> (de las decisiones judiciales). La idea de justificación, a su vez, encuentra su primer y elemental requisito en la universalidad de los enunciados<sup>38</sup>.

En toda decisión judicial se decide (racionalmente) sobre una concreta cuestión: la planteada por las partes del proceso. Esta decisión (el germen del precedente) deberá ser racional al menos en su sentido mínimo, es decir deberá satisfacer las exigencias del principio de justicia formal. Si no se tuviera en cuenta el aspecto temporal de la actividad judicial se podría concluir que tales exigencias son las de tratar de forma similar casos iguales. Si se tiene en cuenta la dimensión temporal de las decisiones (algo imprescindible al hablar de precedentes) entonces el principio de justicia formal, aunque correcto, deberá ser completado con lo que MacCormick ha denominado *back y forward looking*<sup>39</sup>. La “mirada hacia atrás” es, sin lugar a dudas, la más común y aceptada. Significa que el

---

<sup>34</sup>El principio de justicia formal es conceptualmente superfluo ya que las normas se aplican a casos semejantes (iguales en lo relevante) por exigencia del principio de legalidad: la norma misma contiene, describe, los casos a los que se aplica.

<sup>35</sup>Dar el mismo tratamiento a personas o casos semejantes no determina en absoluto que se haga de manera justa.

<sup>36</sup>Mientras que el elemento formal se revelará absolutamente relevante en la justificación interna de las decisiones, el elemento moral lo será para la justificación externa.

<sup>37</sup>Cfr. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, citado, p. 155.

<sup>38</sup>*Ibidem*, p. 162.

<sup>39</sup>*Ibidem*, pp. 75 y ss.

juez debe decidir de la misma forma que decidió con anterioridad casos semejantes. Más novedosa es la denominada “mirada hacia delante” según la cual,

yo tengo que decidir los casos de hoy según las razones que yo querré adoptar para las decisiones de futuros casos similares<sup>40</sup>.

La decisión tiene que estar justificada en una razón que ya ha sido utilizada para justificar casos semejantes y, especialmente, que se vaya a ser utilizada en casos futuros similares (es decir, no puede ser una razón *ad hoc*). Una razón tal debe ser enunciada en términos universales:

Considerar un enunciado como una razón *justificante* ... es concebirla como *universalizable*<sup>41</sup>.

La exigencia de universalidad, indica MacCormick, debe entenderse en un sentido lógico, es decir, debe ser universal en su forma<sup>42</sup> y ofrece el siguiente modelo: para todo  $f_1, f_2, \dots, f_n, \rightarrow j$ <sup>43</sup>.

La doble implicación del principio de justicia formal (“mirada hacia atrás” y “hacia delante”) permite elaborar una conexión entre éste y el principio de universalidad:

La noción de justicia formal requiere que la justificación de decisiones en casos individuales esté basada siempre en una proposición universal que el juez está preparado a adherir como base para determinar otros casos semejantes y decidirlos de la misma manera que el caso presente<sup>44</sup>.

Llegados a este punto, convendría preguntarse por la relevancia del requisito de universalidad para la justificación de las decisiones y para el correcto uso de los precedentes. La respuesta está indiscutiblemente relacionada con la estructura de la justificación jurídica,

---

<sup>40</sup>Ibidem, p. 75.

<sup>41</sup>Ibidem, p. 84. El énfasis en el original.

<sup>42</sup>Cfr. N. MACCORMICK, “Why Cases Have Rationes and What These Are”, en *Precedent in Law*, editado por L. Goldstein, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 164.

<sup>43</sup>También puede valer el modelo elaborado por Alexy:  $(x) Fx \rightarrow ORx$ , es decir una norma según la cual para toda situación similar a F se dará la consecuencia OR.

<sup>44</sup>N. MACCORMICK, “Formal Justice and the Form of Legal Arguments”, en *Études de logique juridique*, editado por Ch. Perelman, Bruselas, 1976, p. 113. También del mismo autor, *Legal Reasoning and Legal Theory*, citado, pp. 98-99. La conexión justicia formal/universalidad es, si cabe, más evidente en el caso del *forward looking*. En el caso de que un juez tenga que decidir un asunto del que no existan precedentes, deseará hacerlo de manera que sostenga la misma razón (justificante) en disputas similares futuras (cfr. N. MACCORMICK, “Why Cases Have Rationes and What These Are”, citado, p. 161).



de la cual el principio de universalidad no es uno más de los principios que ordenan el razonamiento jurídico, sino el requisito elemental del mismo. La razón o regla que justifica una decisión debe ser universal (en sentido lógico). A esta razón o regla universal nos referimos cuando se alude a los precedentes judiciales, incluso cuando estos se usan exclusivamente como reglas interpretativas, ya que tales reglas deberán satisfacer igualmente el requisito de universalidad.

La denominada “regla de justicia” no sólo es un adecuado fundamento racional de los precedentes (la igualdad de trato frente a la arbitrariedad), sino que además, entendida como el requisito de universalidad, mantiene una estrecha relación con la justificación de las decisiones. En relación a los precedentes, por lo tanto, el principio de justicia formal determina, en primer lugar, su contenido mínimo: la regla universal que se usará en casos futuros; y en segundo lugar permite que esta regla sea utilizada en la justificación racional de decisiones futuras.

#### 6.4.2 La regla de consistencia: los precedentes en la justificación interna

En el razonamiento jurídico se distinguen dos niveles de justificación, uno centrado en la justificación lógico-deductiva de la decisión y otro en la justificación de las premisas utilizadas. Ésta es también la estructura que adopta Alexy siguiendo a Wróblewski quien distingue entre justificación interna (relativa a la validez de las inferencias lógicas) y justificación externa (relativa a la corrección de las premisas<sup>45</sup>). En ambos niveles se atribuirá a los precedentes un uso justificativo, fundado en el mismo principio: la regla de justicia. Su aspecto lógico-formal como regla de consistencia, sostendré, fundamenta el seguimiento de los precedentes en el ámbito de la justificación interna, mientras que su aspecto moral, como principio de inercia, fundamenta la modificación y abandono de los precedentes en la justificación externa de las decisiones.

La justificación interna de las decisiones puede representarse siguiendo a Alexy de la siguiente forma:

$$(1) (x)Tx \rightarrow ORx$$

---

<sup>45</sup>Véase J. WRÓBLEWSKI, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions”, citado, pp. 33 y ss. Del mismo autor, *The Judicial Application of Law*, citado, Cap. X. La distinción entre justificación interna y externa de las decisiones judiciales será adoptada por Alexy (véase R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 213 y ss). Finalmente, MacCormick también considera ambos niveles, si bien el teórico escocés los denomina justificación de primer orden (cuyo requisito esencial es la universalidad —formal— de las reglas) y de segundo orden (cuyo requisito es el criterio de coherencia).

(2) *Ta*

(3) *ORa*<sup>46</sup>

El anterior no es sino el esquema del denominado *silogismo jurídico*, cuyos elementos, en su expresión mínima como la descrita, son (1) la premisa mayor que es una *norma enunciada en términos universales* (formales), (2) los hechos conectados con la premisa mayor y, finalmente, (3) la decisión jurídica. La racionalidad de esta estructura de justificación (de argumentación jurídica) depende de que se satisfagan dos requisitos: la universalidad de las premisas y el soporte lógico<sup>47</sup> (la inferencia) entre éstas. Ambas ideas coinciden con las dos reglas de la justificación interna que Alexy, en el ámbito de su teoría de la argumentación jurídica, ha elaborado. Me refiero a J.2.1 y J.2.2 según las cuales “para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal” y “la decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras premisas”<sup>48</sup>.

La premisa mayor del silogismo jurídico tiene que ser una regla universal de la que se hará derivar una cadena lógico-deductiva. Siguiendo la distinción realizada por Peczenik entre *must-*, *should-* y *may-* fuentes del derecho<sup>49</sup>, sólo a las primeras se les atribuye una fuerza justificativa tal que hacen derivar una cadena lógico-argumentativa. En los sistemas de derecho civil las leyes escritas son reconocidas como *must-* fuentes, mientras que los precedentes no tienen tal carácter de manera que no se podrá hacer derivar de ellos una cadena lógico-argumentativa. Ahora bien, sería absolutamente erróneo concluir que los precedentes judiciales son del todo irrelevantes para la argumentación jurídica, y en concreto para la justificación interna de las decisiones.

En las siguientes páginas sostendré que el uso argumentativo de los precedentes, en el ámbito de la justificación interna, está fundado en el aspecto lógico de la regla de justicia. Según éste, la razón por la cual un juez debe *seguir* las decisiones anteriores no es otra que la exigencia (racional) según la cual casos iguales tienen que recibir un tratamiento

<sup>46</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 214. En el anterior esquema, *x* representa una variable de individuo; *a* es una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio; *T* es un predicado que representa el supuesto de hecho de la norma (1); *O* es un operador deóntico general; y finalmente *R* es un predicado que en este caso representa lo que el destinatario de la norma tiene que hacer.

<sup>47</sup>Cfr. A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer Verlag, Viena-Nueva York, 1983, p. 167. Indica Peczenik que la generalidad es una cuestión de grados, una escala en la cual la universalidad es el grado más alto. En relación a la idea de soporte, Peczenik sostiene que una premisa *p* es el soporte (lógico) de la premisa *q*, si *p* es una buena razón para *q* (*ibidem*, p. 170).

<sup>48</sup>R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado p. 215.

<sup>49</sup>Véase A. PECZENIK, *On Law and Reason*, citado, p. 320 y ss.

similar<sup>50</sup>. Este fundamento del seguimiento de los precedentes resume el requisito de *consistencia* del razonamiento (jurídico).

Peczenik por su parte, considera que el fundamento del seguimiento de las decisiones anteriores es la *analogía*, la regla según la cual casos análogos en lo relevante deberían resolverse de manera similar<sup>51</sup>. Un fundamento tal exige del juez una justificación extra: el juez que decide seguir una decisión anterior tiene que justificar que los casos (el presente y el anterior) son similares en lo relevante. De esta forma, la analogía proporcional una regla del uso de los precedentes que se puede sintetizar así: cuando se quiera seguir un precedente hay que justificar la similitud en lo relevante entre los casos. La analogía entre los casos expresa pues un requisito de justificación.

A pesar de este contenido justificativo (que por otra parte no es ajeno al principio de justicia formal) no creo que la regla de analogía pueda considerarse como un fundamento completo del uso de los precedentes. Esta regla presenta una debilidad: no explica aquellos casos en los que incluso existiendo una similitud en lo relevante entre los casos, el precedente no se sigue. En otras palabras, la regla de analogía no prevé (ni justifica) la divergencia de los precedentes<sup>52</sup>. A diferencia de la analogía, la regla de justicia, como más tarde desarrollaré, contiene también el fundamento de las técnicas de modificación y separación de las decisiones anteriores<sup>53</sup>.

Creo haber identificado en el aspecto lógico de la regla de justicia formal (trato igual a casos semejantes) el fundamento del uso argumentativo de los precedentes. Explicaré a continuación en qué consiste tal uso, limitándolo, en principio, a la justificación interna de las decisiones. Para ello habrá que acudir al contenido mismo de la justificación interna: la justificación lógico-deductiva, y en concreto a los requisitos de *consistencia* y de *corrección formal* del soporte lógico.

El principio de justicia formal, al menos su aspecto lógico, comprende la exigencia de consistencia del razonamiento jurídico en dos sentidos: como consistencia *simultánea* y consistencia *consecutiva*. De acuerdo con el primer sentido, es imposible sostener dos premisas mutuamente excluyentes ( $ORx$  y  $\neg ORx$ ) en una misma cadena lógico-

---

<sup>50</sup>La misma regla universal de interpretación del derecho tal como  $Mx \rightarrow Tx$  que aclara el significado de  $Tx$ , debe aplicarse a todos los casos similares en los que existan dudas sobre el sentido de  $Tx$ .

<sup>51</sup>Cfr. A. PECZENIK, "Sui precedenti vincolanti *de facto*", en *Ragion Pratica*, 1996, traducción italiana de A. Guastini, p. 37.

<sup>52</sup>Para ello Peczenik debe recurrir al mismo criterio de corrección del razonamiento jurídico: el principio de coherencia (*ibidem*, p. 39). Será éste el principio que justifique la modificación y abandono de las decisiones anteriores.

<sup>53</sup>En todo caso, parece que Peczenik no formularía objeción alguna a la tesis según la cual es el principio de justicia formal el fundamento de los precedentes.

argumentativa<sup>54</sup>; según el segundo sentido (el de consistencia consecutiva), dos casos semejantes y consecutivos en el tiempo deberán recibir un tratamiento similar<sup>55</sup>. No queda sino mencionar lo evidente: el uso de los precedentes judiciales (de los criterios interpretativos que contienen) coadyuvan a la consistencia consecutiva del razonamiento jurídico, y por lo tanto también a su racionalidad.

A este requisito de consistencia hay que añadir el de corrección formal del razonamiento jurídico, el núcleo de la justificación interna. En este ámbito de la argumentación jurídica, el seguimiento de los precedentes (fundamentado en el principio de justicia formal) se revela esencial: lejos de quedar reducidos a mera oratoria, los precedentes deben considerarse razones o argumentos que incorporados al razonamiento jurídico garantizan su corrección o, siguiendo la terminología de Alexy y Peczenik, coadyuvan la coherencia del mismo. Los criterios de corrección o de coherencia vinculados al uso de los precedentes en la justificación interna de las decisiones son: el mayor número de premisas justificadas; la extensión de la cadena de razonamiento; la fuerza de los soportes; y el mayor número de conexiones existentes entre las cadenas de justificación<sup>56</sup>. En todos ellos es posible destacar el uso de los precedentes.

La estructura de razonamiento premisa mayor–hechos–decisión judicial, es decir la del silogismo jurídico, si bien imprescindible, no es suficiente para justificar aquella decisión sobre un concreto caso que no se deriva lógicamente de las normas jurídicas válidas. Se dice entonces que el razonamiento jurídico no está completo porque en la cadena lógica–deductiva existen “saltos”, pasos no deductivos. La labor del juez consiste en justificar tales pasos, o según la terminología de Peczenik, el juez debe realizar una *transformación* referida a la decisión judicial:

La solución de muchos casos no se sigue deductivamente de las leyes y/o otras fuentes del derecho, incluidos las ya establecidas reglas no escritas y los principios, junto con una descripción de los hechos del caso. En estos casos, el jurista tiene que elegir la solución que él considera la mejor desde el punto de vista jurídico. Él tiene que realizar una transformación de un nuevo tipo, que será denominada “decisión–transformación”<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup>Evidentemente, esta exigencia de consistencia simultánea se refiere a la corrección lógica de la argumentación.

<sup>55</sup>En relación a la distinción entre consistencia simultánea y consecutiva, véase L.J. WINTGENS, “Coherence of the Law”, *ARSP*, 1993, p. 504.

<sup>56</sup>Véase R. ALEXY, A. PECZENIK, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, en *Ratio Juris*, 1990, pp. 132 y ss.

<sup>57</sup>Véase A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, “The Foundation of Legal Reasoning”, citado, p.

Peczenik distingue hasta cuatro formas de decisión-transformación<sup>58</sup>:

- De interpretación precisa. La justificación de una decisión da comienzo, como se sabe, con una norma jurídica enunciada en términos universales:  $(x)Tx \rightarrow ORx$ . Una decisión-transformación de *interpretación precisa*, se caracteriza en que  $T$  puede ser formulado en términos vagos, ambiguos, abiertos o evaluativos. El problema, entonces, es saber si  $a$ , es decir los hechos conectados con la norma universal pertenecen o no a  $T$  y por lo tanto, si una determinada situación de hecho está contenida o no en la norma. Para justificar su pertenencia, para justificar si se quiere el salto o transformación, el juez tiene que acudir a otras normas (también universales) que aclaren, concreten o determinen el significado de  $T$ . Estas normas se representan así  $(x)Mx \rightarrow Tx$ . Hay que añadir tantas normas como sean necesarias para aclarar el significado de la premisa mayor. El resultado se puede representar como sigue:

$$(1) (x)Tx \rightarrow ORx$$

$$(2) (x)Mx \rightarrow Tx$$

$$(3) (x)Sx \rightarrow Mx$$

$$(4) Sa$$

$$(5) ORa^{59}$$

Las premisas (2) y (3) son reglas universales que precisan (aclaran) el significado de  $T$  y que incorporadas al silogismo jurídico lo completan de tal manera que la decisión final resulta correctamente justificada desde el punto de vista interno.

---

137. Según el teórico sueco, "una transformación ('un salto') se produce si, y sólo si, se satisfacen las siguientes condiciones: (i)  $p$  ha sido puesta como razón para  $q$ , y (ii)  $p$  no hace derivar deductivamente a  $q$ " (*ibidem*, p. 152). Peczenik distingue en su teoría de la transformación dos grandes categorías de saltos: la transformación *en el derecho* (*into the law*) y *dentro del derecho* (*inside the law*). La primera se caracteriza por un salto (un paso no deductivo) de una premisa no jurídica a otra jurídica. Este tipo de transformación atribuye validez jurídica al sistema jurídico, a su constitución y a otras fuentes del derecho (el ejemplo más banal: del enunciado "la igualdad" no se sigue lógicamente "es un derecho fundamental"). La transformación dentro del derecho representa un salto entre dos premisas jurídicas válidas de modo que la última no se deriva lógicamente de la primera. En este caso se asigna validez a otras fuentes inferiores del derecho (normas generales) y a las decisiones jurídicas (normas concretas).

<sup>58</sup>*Ibidem*, pp. 153 y ss. La tesis que sostiene Peczenik al presentar los distintos tipos de decisión-transformación no es precisamente la de la relevancia de los precedentes en el razonamiento jurídico, sino más bien que las transformaciones dentro del derecho se justifican con normas o valores sociales (*aussrrechtliche*) (cfr. A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, citado, p. 133). Sin embargo, el estudio de estas decisiones-transformaciones se revelará especialmente útil en la tarea de determinar el papel de los precedentes en la justificación interna de las decisiones.

<sup>59</sup>Véase A. AARNIO, R. ALEXU, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", citado, p. 153.

- De eliminación o reducción. Ésta tiene lugar cuando una norma  $(x)Tx \rightarrow ORx$  es aplicable a  $a$ , por lo tanto la premisa  $Ta$  es correcta pero la consecuencia  $ORa$  no puede ser aceptada desde el punto de vista jurídico. Este salto puede representarse de la siguiente manera:

(1)  $(x)Tx \rightarrow ORx$

(2)  $Ta$

(3)  $\neg ORa$ <sup>60</sup>

Para completar el razonamiento, el juez cuenta, según Peczenik, con dos opciones. O bien aplica normas como  $(x)Tx \wedge \neg Mx \rightarrow ORx$ , es decir *reduce* el significado de la norma; o bien excluye (*elimina*) del silogismo la norma  $(x)Tx \rightarrow ORx$ , es decir, se aparta de la mencionada norma<sup>61</sup>. En ambos casos, puede ocurrir, señala Peczenik, que la norma que justifica la transformación sea una norma que precisa el significado de la norma, y por lo tanto es una norma similar a la analizada para la decisión-transformación de interpretación precisa.

- De creación de nuevas normas. Tiene lugar cuando la norma  $(x)Tx \rightarrow ORx$  no puede ser utilizada como fundamento directo de la decisión<sup>62</sup>. El juez crea una nueva norma, que naturalmente deberá ser formulada de manera universal, mientras que la norma ya existente ocupará un lugar secundario en la justificación interna. La analogía, la "inducción jurídica" y la evaluación de principios y fines pertenecen a esta categoría. Alexy considera estos argumentos jurídicos especiales más que decisiones-transformaciones.
- De solución de conflictos. Ocurre cuando la norma  $(x)Tx \rightarrow ORx$  no existe. El juez, como en el caso anterior, también creará una norma que solucione conflictos ya sea entre principios, entre reglas o entre principios y reglas<sup>63</sup>. Se plantea un conflicto de normas, por ejemplo, cuando la aplicación simultánea de  $r_1$  y  $r_2$  llevan a resultados mutuamente excluyentes ( $ORx$  y  $\neg ORx$ ). Entonces el juez puede elaborar (o utilizar si ya existiera) una regla según la cual en determinadas condiciones  $c$  se prefiere la aplicación de  $r_1$ . Esta norma se representa así:  $T_c x \rightarrow OR_{r_1} x$ .

En todas estas transformaciones el razonamiento jurídico se caracteriza por la incorporación a la cadena lógica-deductiva de ciertas premisas que garantizan la corrección del

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 144-155.

<sup>61</sup> Cfr. A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, citado, p. 107.

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 106 y ss.

<sup>63</sup> Cfr. A. AARNIO, R. ALEXY, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", pp. 155-157.

razonamiento: de interpretación precisa ( $Mx \rightarrow Tx$ ), de eliminación ( $\neg(x)Tx \rightarrow ORx$ ) o reducción ( $Tx \wedge \neg Mx \rightarrow ORx$ ), de creación de nuevas normas y de solución de conflictos ( $T_c x \rightarrow OR_{r_1} x$ ).

El resultado es el denominado silogismo sofisticado o complejo que combina aspectos tanto lógicos-deductivos cuanto justificativos. Al primero pertenece la necesidad de que la decisión final se derive lógicamente de una serie de premisas, así como que las inferencias lógicas sean correctas. El aspecto justificativo se refiere al hecho de que las premisas de soporte estén a su vez justificadas por un conjunto de sub-premisas (que aclaran el significado de las primeras o que refuerzan las inferencias lógicas). Este modelo de subsumción complejo es el común en los sistemas de derecho civil. Es además el síntoma de la transición de un modelo de razonamiento jurídico autoritativo (es decir centrado en la autoridad de la ley) a otro modelo justificativo<sup>64</sup>.

Las premisas incorporadas (dando lugar al silogismo complejo) pueden ser creadas *ab novo* por el juez, o pueden haber sido elaboradas con anterioridad, en cuyo caso están contenidas en los precedentes judiciales. Aquí reside la importancia de los precedentes, que si bien no cuentan con la autoridad suficiente para hacer derivar una cadena lógico-deductiva, sí *deben* formar parte de ésta como instrumento que garantiza la corrección de las inferencias y por lo tanto la corrección de la justificación jurídica. Su omisión, finalmente, afecta a la fuerza de la misma justificación<sup>65</sup>.

El uso de los precedentes (de sus reglas de interpretación, eliminación, reducción o de solución de conflictos) permite, por lo tanto, completar la cadena lógico-deductiva, es decir, justificar los saltos en el razonamiento mediante la composición de largas<sup>66</sup> y complejas cadenas lógicas<sup>67</sup>. Además, el uso de los precedentes en la justificación interna de las decisiones judiciales refuerza las inferencias lógicas. Para explicar esta cualidad hay que acudir al concepto, también elaborado por Peczenik, de *conjunto de premisas*. En una cadena de soporte,  $p_1$  es la premisa de soporte de  $p_2$ , a su vez  $p_2$  es la premisa

---

<sup>64</sup>Cfr. R. SUMMERS, M. TARUFFO, "Interpretation and Comparative Analysis", citado, p. 493.

<sup>65</sup>Cfr. A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, "The Foundation of Legal Reasoning", citado, p. 151. Así usados, en el ámbito de la justificación racional de las decisiones, las diferencias entre los sistemas de derecho civil y de derecho común no deben, como aconseja MacCormick, exagerarse.

<sup>66</sup>Cfr. R. ALEXI, A. PECZENIK, "Coherence and Discursive Rationality", citado, p. 135. En toda cadena de argumentación es esencial la idea de soporte de las premisas: la premisa  $p_1$  sirve de apoyo a la premisa  $p_2$  que a su vez es el soporte de  $p_3$ . Esta cadena se puede simplificar de manera que  $p_1$  apoya la premisa  $p_3$ . Sin embargo, la omisión de los pasos intermedios ( $p_2$ ) afecta a la fuerza de los soportes lógicos de las premisas.

<sup>67</sup>En este sentido, Peczenik sostiene que "al justificar un enunciado, uno debe apoyarlo con una cadena de razones tan larga como sea posible" (*ibidem*, p. 133).

de soporte de  $p_3$  etc. Si introducimos el concepto de conjunto de premisas habría que añadir que  $p_1$  junto con otras premisas como  $r_1$  o  $s_1$  son el soporte de  $p_2$ ;  $p_2$  junto con otras premisas  $r_2$  o  $s_2$  son el soporte de  $p_3$  etc. Se trata de una serie de sub-premisas que justifican las premisas utilizadas en el razonamiento.

Hasta aquí he desarrollado el análisis de un aspecto de la regla de justicia: su aspecto formal que justifica el seguimiento de los precedentes acorde con los requisitos de consistencia y corrección formal de la justificación interna. Ahora bien, un uso de los precedentes que, aunque racional, quede limitado al seguimiento, se le puede dirigir al menos dos objeciones. La primera se refiere a su evidente carácter conservador que llevado al extremo reduciría la interpretación jurídica a una actividad mecánica (en los sistemas de derecho civil) o bien, justificaría una adhesión rígida a los precedentes, una versión fuerte del *stare decisis* (en los sistemas de derecho común), de manera que fuera imposible su modificación y menos aún su o abandono. La segunda objeción consiste en que el principio de igualdad formal no dice nada acerca del contenido de los precedentes, de modo que, llevado a su extremo, podría justificarse el seguimiento de precedentes injustos<sup>68</sup>.

Ambas objeciones, aunque ciertas, no refutan la relevancia de la regla de justicia como fundamento del uso argumentativo de los precedentes. Más bien, manifiestan la necesidad de complementar el aspecto lógico-formal de la mencionada regla. Para ello habrá que acudir a su aspecto moral: el principio de inercia y al segundo nivel de la justificación jurídica: la denominada justificación externa.

### 6.4.3 El principio de inercia: los precedentes en la justificación externa

También en la justificación externa de las decisiones (el nivel de racionalidad centrado en la validez de las premisas del razonamiento) los precedentes judiciales reciben un tratamiento argumentativo, es decir, también aquí se consideran (buenas) razones para justificar una decisión jurídica. Su fundamento no es otro que la consabida regla de justicia, si bien es su aspecto moral (no lógico-formal) el que ahora conviene destacar. Este aspecto queda resumido en el principio de inercia de Perelman, según el cual casos o sujetos semejantes pueden recibir un tratamiento distinto si se aportan razones para ello<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup>Dos casos semejantes pueden recibir un tratamiento que desde el punto de vista formal es justo pero desde el punto de vista de su contenido (moral) es injusto.

<sup>69</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 142.



El principio de inercia complementa el principio de igualdad formal de la misma manera que complementa el analizado uso —el seguimiento— de los precedentes: permitiendo su divergencia (modificación y abandono) motivada. Según Alexy, que sintetiza perfectamente esta idea, “las técnicas de divergencia son también partes constitutivas del uso de los precedentes”<sup>70</sup>. Un uso que, de nuevo, incide en su aspecto argumentativo o justificativo de la decisión.

El uso de los precedentes fundado en el principio de inercia desemboca en uno de los puntos más controvertidos del razonamiento jurídico. Me refiero a la coherencia de la argumentación. Desde el punto de vista de la denominada *coherencia sincrónica*<sup>71</sup>, independiente del tiempo, tanto la consistencia simultánea como consecutiva son condiciones necesarias del razonamiento (jurídico). Sin embargo, sabemos que es posible que casos consecutivos semejantes reciban un tratamiento distinto; el principio de inercia, en otras palabras, permite la inconsistencia consecutiva del razonamiento. Esta forma de contradicción lógica sólo es posible desde el punto de vista de la denominada *coherencia diacrónica*<sup>72</sup>, dependiente del tiempo.

Que la misma consistencia consecutiva sea una condición necesaria en el caso de la coherencia sincrónica, y no necesaria en el caso de la coherencia diacrónica se explica gracias a la tesis según la cual “la coherencia es una cuestión de grados”<sup>73</sup>:

coherencia se prefiere a la consistencia. En otras palabras, el primer nivel de coherencia o consistencia, como nivel más bajo de coherencia, se abandona algunas veces en favor de otros niveles de coherencia. ... Por lo tanto, sólo la búsqueda de más *coherencia* puede justificar las inconsistencias a lo largo del tiempo<sup>74</sup>.

El principio de inercia, en conclusión, ofrece una técnica de divergencia al permitir un cambio de criterio justificado; al mismo tiempo supone que el cambio no puede fundamentarse en la consistencia (consecutiva) del razonamiento, sino más bien en un grado distinto de coherencia. Gracias a esta concepción gradual de la coherencia, se puede sostener que cuanto mayor es su nivel de coherencia mejor es el sistema o el razonamiento. “Mejor

---

<sup>70</sup>R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 265.

<sup>71</sup>La distinción entre *coherencia sincrónica* y *diacrónica* es de Peczenik que utiliza el factor temporal como criterio de distinción entre ambas (cfr. A. PECZENIK, “Sui precedenti vincolanti *de facto*”, citado, pp. 38-39).

<sup>72</sup>*Ibidem*, p. 39.

<sup>73</sup>L. J. WINTGENS, “Coherence of the Law”, citado, p. 491.

<sup>74</sup>*Ibidem*, p. 504. Énfasis en el original.

—añade Wintgens— no es simplemente una cualificación estética, sino que es considerada como una cualidad *moral*<sup>75</sup>.

Una concepción gradual de la coherencia parece pues imprescindible a fin de comprender la relevancia del principio de inercia, así como del uso divergente de los precedentes judiciales. Pero no hay que olvidar que ambos, inercia y coherencia, sólo son posibles si se adopta un modelo de razonamiento eminentemente justificativo o argumentativo. Ciertamente, si se aceptara la previsibilidad de las decisiones como requisito absoluto del razonamiento jurídico<sup>76</sup>, las inconsistencias consecutivas que justifica el principio de inercia deberían ser rechazadas. Sin embargo, tanto los sistemas de derecho civil cuanto los de derecho común se caracterizan por la adhesión a la justificabilidad racional (más que a la previsibilidad absoluta) de las decisiones.

El razonamiento justificativo y la concepción gradual coherencia permiten que si una razón viene a justificar la inconsistencia consecutiva (el cambio de criterio) entonces esta inconsistencia es válida:

... otras razones pueden ser consideradas para justificar una decisión que es inconsistente con, pero no necesariamente peor que, decisiones *anteriores*. Éstas pueden resultar mejores, y ser justificadas con nuevos argumentos que sostienen otra (combinación de) regla(s) o precedente(s) como más apropiada<sup>77</sup>.

Presentado ya el marco en el que el uso divergente de los precedentes tiene lugar (marco formado por el principio de inercia, la concepción gradual de coherencia y, finalmente, el modelo de razonamiento justificativo) pasaré a analizar algunos particulares de este uso. En la justificación externa (centrada en la validez o corrección de las premisas utilizadas) el principio de inercia permite, una vez más, el uso divergente de los precedentes. Este fundamento genera dos efectos esenciales para el razonamiento jurídico: primero establece una más que útil *regla sobre la carga de la argumentación* (o de descarga de la argumentación); segundo, introduce un *criterio de coherencia* que oriente la argumentación de la divergencia (será un criterio moral).

Para explicar el contenido de la regla de carga de argumentación, hay que partir de la presunción de la igualdad en el razonamiento jurídico: casos iguales requieren un tratamiento similar. Esta presunción se traduce en una regla de la descarga de la argumentación, gracias a la cual los criterios de interpretación jurídica existentes se consideran

---

<sup>75</sup> *Ibidem*. Énfasis en el original.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 505.

<sup>77</sup> *Ibidem*. Énfasis en el original.

justificados<sup>78</sup>. La regla de descarga determina que quienes quieran seguir un criterio que ya ha sido elaborado y justificado anteriormente no deben justificarlo de nuevo. Ahora bien, lo anterior no significa, sin embargo, que los criterios interpretativos contenidos en los precedentes puedan permanecer invariables, sino que no pueden rechazarse sin motivo suficiente. En otras palabras, el cambio de criterio interpretativo, al contrario que el seguimiento, sí exigirá una justificación racional. La exigencia de justificar el cambio de criterio ha sido denominada por Alexy la regla de la carga de argumentación:

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación<sup>79</sup>.

El principio de inercia perelmaniano, en sus dos vertientes, regla de descarga y regla de carga de la argumentación, exime de o impone la obligación de justificar: el cambio de criterio debe justificarse. Sin embargo, para el razonamiento jurídico es aún más significativo su valor a fin de establecer bajo qué condiciones una proposición (un criterio interpretativo) se considera justificada: por un lado, la regla de descarga establece que están justificadas las proposiciones aceptadas con anterioridad y no cuestionadas, es decir, se presupone la fundamentabilidad de las premisas; por otro lado, la regla de la carga de la argumentación dice que está justificado el cambio de criterio si se han aportado contraargumentos que fundamenten la modificación o el abandono del criterio anterior.

En conclusión, es injustificada la decisión que contiene una inconsistencia consecutiva no argumentada; mientras que es justificada la decisión que aún adoleciendo de una inconsistencia consecutiva ha sido argumentada. Argumentar la divergencia de un precedente significa argumentar en contra de la corrección del mismo y a favor de la corrección del nuevo criterio interpretativo. Ahora bien, la corrección a la que se hace referencia en el ámbito de la racionalidad externa, no debe entenderse como consistencia consecutiva, sino más bien como el segundo nivel de coherencia al que se refiere Wintgens: aquel que resume la relación entre la nueva norma o criterio interpretativo y el resto de normas e incluso de valores y principios extra-jurídicos.

---

<sup>78</sup>La presuposición de fundamentabilidad de criterios anteriores, lejos de ser rechazada en el discurso jurídico constituye su propio comienzo: "sin presuponer algo —dice Alexy— no puede empezar ninguna argumentación" (R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, p. 171).

<sup>79</sup>*Ibidem*, p. 265. Ésta es una regla especial de la regla del discurso práctico general según la cual "(3.1) quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo" (*ibidem*, p. 191). A su vez, ésta es el resultado de la combinación de las reglas discursivas (1.3) principio de universalidad y (2) la regla de fundamentabilidad según la cual "todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación" (*ibidem*, p. 188).

Se llega así a la controvertida coherencia del razonamiento jurídico. De cual sea su relevancia me paso a ocupar inmediatamente. Me referiré para ello a las dos teorías analizadas en el marco de la filosofía discursiva: las propuestas de Klaus Günther y de Robert Alexy.

### La coherencia del caso concreto

La primera cuestión que debe resolverse en la aplicación de las normas, sostiene Günther, concierne a la relevancia de los aspectos y circunstancias del caso concreto. La conocida tesis de Günther en relación a la aplicación de las normas jurídicas quiere revelar así las debilidades de un modelo de aplicación centrado en la interpretación de las normas.

Este modelo, de acuerdo con Günther, distingue dos momentos de la justificación de las decisiones judiciales: el momento de la justificación interna en el que se determina el significado de las normas; y el momento de la justificación externa en la que se resuelve dudas acerca del significado mediante referencias a precedentes, opiniones doctrinales u otras fuentes del derecho. El inconveniente de tal modelo es que:

Junto a la fijación de significado, ciertas circunstancias del caso son consideradas relevantes mientras que otras no son tenidas en cuenta. Este *acto de selección* también tiene que justificarse. ...Un argumento relativo a la justificación interna o externa no respondería esta cuestión<sup>80</sup>.

En otras palabras, la interpretación de las normas no responde el interrogante de por qué una norma y no otra ha sido la seleccionada para regular una concreta situación. El Dr. Ravic puede ejemplificar esta carencia. El caso del Dr. Ravic está formado por una serie de circunstancias de las que destaqué dos de ellas: una persona está en peligro de muerte ( $Ta$ ) y el mismo Ravic pone en peligro su seguridad si se descubre su identidad ( $Fa$ ). Un modelo de aplicación como el criticado por Günther, se centra en la identidad semántica que debe existir entre las circunstancias descritas en la norma y las circunstancias del caso concreto. De esta forma, la decisión "El Dr. Ravic tiene que prestar auxilio a la persona herida" se justifica por la identidad semántica entre los hechos descritos en la norma  $N_1$  según la cual "hay que prestar auxilio a las personas heridas" ( $Tx \rightarrow ORx$ ) y los hechos del caso concreto "una persona yace herida en peligro de muerte" ( $Ta$ ). A la cuestión de por qué la decisión ( $ORx$ ) está conectada con los hechos del caso concreto ( $Ta$ ), el modelo de aplicación semántica respondería con la identidad

---

<sup>80</sup>K. GÜNTHER, "Normative Conception of Coherence and Discursive Theory", citado, p. 161.

(semántica) entre  $Tx$  y  $Ta$ . A la cuestión de por qué no se han tomado en consideración otras circunstancias como  $Fa$ , el mismo modelo responderá, de nuevo, con la falta de identidad semántica entre  $Tx$  y las mencionadas circunstancias.

El por qué no tomar en consideración otras circunstancias como  $Fa$  y por lo tanto, por qué no aplicar otra norma ( $N_2$ ) al caso concreto, son cuestiones que el modelo de interpretación semántico, según Günther, no logra resolver. Con el fin de ofrecer un modelo de aplicación de normas que justifique la selección de circunstancias y la selección de la norma aplicada al caso concreto, Günther elabora su teoría sobre el discurso de aplicación<sup>81</sup>.

La clave en la aplicación de normas jurídicas, defiende Günther, no reside tanto en la identificación del significado cuanto en la elección de aquellas circunstancias o aspectos relevantes (moralmente relevantes) de un caso concreto. Gracias a la completa descripción de la situación de aplicación se puede determinar qué norma válida es además la norma adecuada y por lo tanto la que se aplicará al caso concreto. La cuestión sobre la aplicación de las normas se transforma entonces en una cuestión a propósito de la descripción de la situación de aplicación, o mejor, de la relevancia de los aspectos y circunstancias del caso concreto. Mientras que en un modelo de aplicación basado en la identidad semántica la norma jurídica predetermina las circunstancias relevantes del caso<sup>82</sup>, en el modelo elaborado por Günther son las circunstancias del caso las que determinan la norma a aplicar.

El papel que el discurso de aplicación reserva al concepto de coherencia no podía ser más comprehensivo: la coherencia resume una relación, la que debe existir entre la norma adecuada, el resto de normas válidas aplicables *prima facie* y la situación descrita en todos sus aspectos relevantes. Ciertamente, se puede criticar un concepto formulado de manera tan obscura; incluso se puede simplemente afirmar que es un concepto vacío puesto que nada dice qué es relevante en qué situación o caso concreto.

Creo que los precedentes judiciales, y en concreto su uso divergente en la argumen-

---

<sup>81</sup>Según su conocida tesis, las cuestiones de validez de las normas deben distinguirse de las cuestiones de adecuación. Distingue también dos procedimientos discursivos, el de justificación y el de aplicación de las normas que logran aspectos distintos del mismo principio de imparcialidad: la validez y la adecuación de las normas.

<sup>82</sup>En la interpretación semántica de las normas, sostiene Günther, sólo se considera como relevantes aquellas circunstancias semánticamente idénticas a las descritas en la norma aplicada. En otras palabras, la relevancia de las circunstancias viene determinada por la propia norma y no por el caso en sí. La elección de la norma determina la elección de las circunstancias que son relevantes (por identidad semántica) sin que se justifique la misma elección de la norma.

tación jurídica, son un vehículo idóneo para mostrar algunos de los puntos débiles del concepto de coherencia del caso concreto propuesto por Günther.

El primer punto débil se refiere a la simplificación del modelo de razonamiento interpretativo. Günther reduce la complejidad de la justificación interna y especialmente de la externa a un mero ejercicio de identidad de significado. Al menos eso parece cuando, citando a Aarnio, define el objeto de la justificación externa como la justificación de un significado atribuido mediante la referencia a precedentes u opiniones doctrinales<sup>83</sup>. Desde mi punto de vista, la justificación externa concierne, más bien, a la validez misma del precedente o de la opinión doctrinal que se menciona. Usando la misma terminología de Günther, la justificación externa exige la justificación, la argumentación, de la elección de unas circunstancias relevantes de una situación. Si se toma la cadena argumentativa compleja:

- (1)  $(x)Tx \rightarrow ORx$
- (2)  $(x)Mx \rightarrow Tx$
- (3)  $(x)Sx \rightarrow Mx$
- (4)  $Sa$
- (5)  $ORa$

las premisas (2) y (3) aclaran, ciertamente, el significado de la norma (1). Estas reglas de significado, o premisas interpretativas pueden estar contenidas en precedentes o haber sido elaboradas doctrinalmente. Los precedentes también juegan un papel relevante en el caso modificación o abandono de los criterios interpretativos:

- (1)  $(x)Tx \rightarrow ORx$
- (2)  $(x)Mx \rightarrow Tx$
- (3)  $(x)Fx \rightarrow Mx$
- (4)  $Fa$
- (5)  $ORa$

- (1)  $(x)Tx \rightarrow ORx$
- (2)  $(x)Mx \rightarrow Tx$
- (3)  $(x)Sx \rightarrow \neg Mx$
- (4)  $Sa$
- (5)  $\neg ORa$

---

<sup>83</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "Normative Conception of Coherence and Discursive Theory", citado, p. 160.

Tanto la divergencia cuanto los nuevos criterios interpretativos  $((x)Fx \rightarrow Mx$  y  $(x)Sx \rightarrow \neg Mx$ ) deben estar argumentados, es decir justificados. Para ello no basta, como señala Günther, una referencia a los precedentes ya que son éstos, precisamente, el motivo de la divergencia. Habría que concluir que en la justificación externa se argumenta también a propósito de la elección de un criterio en detrimento de otro, o si se quiere, se argumenta a propósito de las circunstancias que permiten justificar el cambio o abandono de una regla o criterio interpretativo.

Aceptado que la justificación de una elección (la de un criterio normativo) tiene cabida en la justificación externa de las decisiones, de poco o nada servirá el concepto de coherencia del caso concreto propuesto por Günther. Efectivamente, éste es un concepto que sirve para determinar cual de las normas válidas y aplicables a un mismo caso particular es la norma adecuada, la norma a aplicar. Esta situación no es idéntica si se decide cambiar o abandonar un criterio interpretativo, un precedente. No se trata, en estos casos, de justificar una elección entre  $(x)Sx \rightarrow Mx$ ,  $(x)Fx \rightarrow Mx$  o  $(x)Sx \rightarrow \neg Mx$ ; más bien hay que fundamentar la incorrección (incoherencia) del criterio que se modifica o abandona y justificar por qué la nueva regla de significado  $((x)Fx \rightarrow Mx$  o  $(x)Sx \rightarrow \neg Mx$ ) es mejor que la anterior (el precedente).

### Un concepto de coherencia discursivo

A la hora de fundamentar la divergencia de los precedentes judiciales (fundamentación a la que obliga el principio de inercia), se pone en evidencia el carácter argumentativo de la aplicación del derecho. Por eso es necesario un concepto de coherencia que no mire tanto a las circunstancias del caso concreto cuanto a la bondad de los argumentos que fundamentan una decisión. El concepto de coherencia elaborado por Alexy y Peczenik<sup>84</sup> en el marco de la teoría discursiva me parece que es una de las propuestas más meritorias.

La coherencia es una condición del razonamiento jurídico:

A fin de clarificar la contribución de la coherencia a la racionalidad práctica, se puede discutir la diferencia entre una justificación jurídica apoyada en un justo sistema coherente y una justificación jurídica que no cuenta con éste apoyo. Una justificación jurídica que no hace referencia ni explícita ni implícitamente a un sistema es una justificación *ad hoc*<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Este ha sido elaborado principalmente en R. ALEXY, A. PECZENIK, "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", citado, pp. 130-147.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 143.

Para ser satisfecha, la coherencia necesita un sistema de proposiciones coherente, participantes (personas) y un procedimiento discursivo.

A diferencia de lo que ocurre en la obra de Günther, donde el concepto de coherencia parece serlo todo (por la generalidad de su descripción) y simultáneamente nada (por la carencia de criterios que guíen la búsqueda de coherencia) Alexy y Peczenik describen hasta diez criterios cuyo balance o equilibrio determinan la coherencia de una teoría<sup>86</sup>. Un concepto así, determinado por el balance de criterios y principios, es un concepto gradual:

El grado de coherencia depende del peso y balance entre ellos (los criterios)<sup>87</sup>.

Llevado al ámbito de la justificación de la modificación o abandono de los precedentes, la coherencia hace referencia al equilibrio de razones o argumentos (tanto institucionales —normas jurídicas, otros precedentes o incluso opiniones doctrinales— cuanto no institucionales —razones morales, o económicas) que apoyan el nuevo criterio argumentativo. Este equilibrio sólo es posible si se cuenta con los elementos anteriormente mencionados: un sistema de normas coherente —de manera que la intervención del juez instale más coherencia en éste—; personas que sostienen argumentos o razones —los mismos argumentos que se pretende pesar y equilibrar—; y finalmente un procedimiento que garantice la corrección de la argumentación.

No puedo dejar de mostrar mi predilección por un concepto de coherencia que se describe en relación a otros elementos del razonamiento práctico, en lugar de ser omni-comprehensivo. La coherencia de la argumentación parece convertirse así en una cuestión de corrección del procedimiento, de discusión, y en definitiva de racionalidad. En este sentido, un abandono justificado del precedente en base a una argumentación coherente incrementa la seguridad del sistema jurídico, no porque se incremente la relevancia

---

<sup>86</sup>Brevemente estos criterios son: (1) el mayor número posible de proposiciones derivadas (*supported*) pertenecientes a la teoría en cuestión; (2) la mayor extensión de las cadenas de razones pertenecientes a la teoría; (3) el mayor número posible de proposiciones fuertemente fundamentadas que pertenecen a la teoría; (4) el mayor número posible de conexiones entre varias cadenas de soporte pertenecientes a la teoría; (5) el mayor número posible de relaciones de preferencia entre los principios que pertenecen a la teoría; (6) el mayor número posible y complejidad de las relaciones recíprocas de soporte entre las diversas proposiciones que pertenecen a la teoría; (7) el mayor número posible de proposiciones universales que pertenecen a la teoría; el mayor número de conceptos generales que pertenecen a ella; el mayor grado de generalidad de sus conceptos; el mayor parecido entre sus conceptos; (8) el mayor número posible de interconexiones conceptuales entre varias teorías; (9) el mayor número posible de casos cubiertos por la teoría; y (10) el mayor número posible de campos de vida cubiertos por la teoría (*ibidem*, pp. 144-145).

<sup>87</sup>*Ibidem*, p. 132.



de la consistencia —que no es el caso— sino porque se controla la racionalidad de la argumentación. Por eso se puede afirmar, siguiendo a Gascón que el precedente,

opera como control de racionalidad o de corrección de la solución adoptada, pero sin suministrar propiamente esa solución<sup>88</sup>.

## 6.5 Conclusiones

He querido desarrollar un modelo de uso de los precedentes que combina tanto su aspecto interpretativo del derecho como su aspecto justificativo de las decisiones judiciales. Para ello he rechazado un esquema de vinculación absoluta por ser éste incompatible con el modelo de razonamiento jurídico argumentativo que he ido definiendo desde el inicio de esta investigación. El propuesto ha sido el modelo de vinculación relativa a los precedentes: hay que seguir los precedentes salvo que se justifique su modificación o abandono. A este modelo convergen tanto los sistemas de derecho común como los de derecho civil.

Este modelo cuenta con un fundamento gradual, en concreto, tres argumentos que se complementan entre sí. El argumento *ab exemplo* fundamenta un aspecto esencial de los precedentes: las decisiones anteriores no son sino modelos de cómo interpretar el derecho. No obstante su obviedad, este argumento constituye el punto inicial para el fundamento racional del uso de los precedentes. El argumento de autoridad, que Perelman sostiene en el ámbito del razonamiento jurídico, responde la pregunta sobre qué precedentes hay que tener en cuenta, y en este sentido justifica su seguimiento. Ahora bien, no hay que ver en el argumento de autoridad el fundamento de una vinculación rígida, cuanto la necesidad de un sistema de divergencia de los precedentes. La regla de justicia constituye el tercer fundamento racional de los precedentes judiciales. Esta regla sintetiza el principio de igualdad formal y el principio (complementario) de inercia. Gracias a ambos principios los precedentes reciben un uso argumentativo acorde con los dos niveles de justificación de las decisiones: en la justificación interna de las decisiones los precedentes coadyuvan a la consistencia de la decisión; en la justificación externa, por otro lado, a la coherencia del razonamiento.

---

<sup>88</sup>M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, citado, p. 44.

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

1000

## **Parte II**

### **Estudio empírico del uso de los precedentes**



## Capítulo 7

# El precedente en el sistema jurídico español

### Introducción

La valoración de la relevancia jurídica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) se ha llevado a cabo tradicionalmente desde las siguientes perspectivas: a) la función integradora de la jurisprudencia; b) el carácter fonticio de la jurisprudencia; y c) la función de la jurisprudencia en la interpretación del derecho vigente<sup>1</sup>. A estas líneas habría que sumarle otra que paulatinamente está cobrando más relevancia y que entiende la jurisprudencia como un argumento o mejor, como una técnica argumentativa.

El presente capítulo quiere analizar el fundamento y uso de las decisiones precedentes del Tribunal Supremo español (TS) en el contexto del razonamiento jurídico. Para ello, estudiaré primero el uso de la jurisprudencia en relación con el recurso de casación, y pasaré después a la descripción de un uso más argumentativo. Adaptaré, finalmente, el uso las decisiones precedentes del TS al modelo descrito en el capítulo anterior.

### 7.1 Las líneas del sistema judicial español

Según la Constitución española, la función de aplicación del derecho está atribuida exclusivamente a los miembros y órganos del Poder Judicial. Su constitución, funcionamiento y gobierno está regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) 16/94, de 8 de noviembre que modifica la anterior LOPJ 6/1985, de 1 de julio (art. 117 y 122 Ce).

---

<sup>1</sup>Cfr. E. LA LAGUNA, *Jurisprudencia y fuentes del derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1969, p. 151.

El primer criterio a utilizar en la descripción del sistema judicial español es la creación del Tribunal Constitucional (TC) con la aprobación de la Constitución española (Ce). Este nuevo órgano judicial obliga a distinguir entre la *jurisdicción ordinaria* y la *jurisdicción constitucional* (en la que sólo es competente el propio TC). En este sentido, el art. 123 Ce reconoce al TS como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

### 7.1.1 La jurisdicción constitucional

A la jurisdicción constitucional pertenece, exclusivamente, el TC<sup>2</sup>. Las decisiones judiciales del TC constituyen la “interpretación auténtica” de la Constitución y, en tanto que jueces y tribunales están sometidos a la Constitución en su función de interpretación y aplicación de las leyes y los reglamentos (art. 9.1 Constitución), lo están también a la interpretación elaborada por la Corte Constitucional (art. 5.1 LOPJ).

### 7.1.2 La jurisdicción ordinaria

A la jurisdicción ordinaria pertenecen una pluralidad de órganos judiciales que están organizados dependiendo de la organización territorial y administrativa del Estado, la competencia objetiva de cada órgano y el nivel funcional en el que aparece situado en el conjunto del Poder Judicial. Los órganos de la jurisdicción ordinaria son los siguientes:

- *Jueces de Paz* (arts. 99-100 LOPJ) con competencia en el municipio donde estén establecidos y siempre que no exista un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción en el mismo.
- *Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores*. Todos ellos tienen como ámbito territorial el partido, que en la gran mayoría de los casos equivale a la provincia.

---

<sup>2</sup>El TC tiene jurisdicción en todo el territorio español en materia *recurso de constitucionalidad* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; *recurso de amparo* por violación de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el art. 14, en la Sección 1 del Capítulo II y por violación del derecho de objeción de conciencia del art. 30 de la Constitución; *conflictos de competencias* entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí; y demás materias que le atribuyan la Constitución o las Leyes Orgánicas (art. 161 Ce).

- *Audiencias Provinciales* con jurisdicción en la provincia en la que tengan su sede (arts. 80 y ss. LOPJ). Es el primer órgano pluripersonal de la estructura funcional del Poder Judicial. Tienen competencia en materia civil y penal<sup>3</sup>.
- *Tribunales Superiores de Justicia* con jurisdicción en la Comunidad Autónoma y con la que culmina la organización judicial en este ámbito territorial (arts. 70 y ss. LOPJ). Es también un órgano pluripersonal con competencia en materia civil, penal, contencioso-administrativo y social.
- *Audiencia Nacional* tiene jurisdicción en todo el territorio español. Está dividida en tres Salas: de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo y de lo Social (arts. 62 y ss. LOPJ).
- *Tribunal Supremo* con jurisdicción en todo el territorio español (arts. 53 y ss. LOPJ). Es el órgano de casación con el que culmina la jurisdicción ordinaria. Está organizado en cinco Salas: de lo Civil, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social y de lo Militar. Genéricamente todas las Salas resuelven los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios; en primera instancia conocen las causas abiertas contra aforados, salvo la Sala de lo Social que sólo es competente en materia revisora.

El TS se estableció por primera vez en la Constitución de 1812. También la Constitución actual (de 1978) consagra este órgano judicial en el art. 123: el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantía constitucionales<sup>4</sup>.

La casación está extendida a todos los órdenes jurisdiccionales. La legitimidad para interponer el recurso corresponde, además de a las partes, al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado.

---

<sup>3</sup>Los Tribunales del Jurado, creados por la Ley Orgánica de 22 de mayo 1995, LO 5/95, establece que el ámbito de éstos será el de las Audiencias Provinciales, salvo que el acusado sea aforado, en cuyo caso el ámbito será el que corresponda según el fuero del imputado.

<sup>4</sup>El art. 5.4 LOPJ atribuye al TS, órgano jerárquico superior en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la competencia para conocer en recurso de casación la infracción de los preceptos constitucionales. La intervención del TS, en este caso, no tiene como finalidad determinar la "interpretación auténtica" de la Ce sino la de aplicar la jurisprudencia del TC que haya sido infringida y que al considerarse como parte del ordenamiento jurídica posibilita la fundamentación del recurso de casación.

Las decisiones en el TS no se alcanzan por unanimidad sino por mayoría<sup>5</sup>. Puede ocurrir que exista alguna opinión discrepante de la mayoría, en cuyo caso el Magistrado discrepante firmará lo acordado (siempre que esté respaldado por mayoría de votos y el suyo sea una opinión minoritaria) y podrá, si lo anuncia en su momento, formular *voto particular* que se deberá publicar junto con la sentencia (art. 260 LOPJ)<sup>6</sup>.

El criterio de organización jerárquica del Poder Judicial se deberá interpretar siempre según el principio de independencia de los jueces y tribunales. Es decir, al utilizar términos como *superior* o *jerarquía* me estoy refiriendo a un criterio *funcional* de organización, según el cual la organización piramidal de jueces y tribunales responde más bien a la distribución de competencias y al sistema de recursos jurisdiccionales, y no a la dependencia y sometimiento de unos órganos (los inferiores) a otros (los superiores). No se puede sostener, por lo tanto, que el TS, como órgano superior pueda emitir instrucciones a sus inferiores respecto de cómo aplicar el derecho. Ciertamente los miembros del Poder judicial no podrán corregir la aplicación o interpretación del derecho realizada por sus inferiores sino es mediante el correspondiente recurso<sup>7</sup>. Quedan así prohibidas las instrucciones de carácter particular o general sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico (art. 12.3 LOPJ), que pudieran ser impuestas por los órganos jurisdiccionales superiores y concretamente por el TS.

En el mismo sentido, la STC de 12 julio de 1988 indica que la univocidad de los preceptos legales y la homogeneidad en la interpretación son objetivos a alcanzar en un Estado de Derecho (art. 1.1 Ce), si bien la obtención de tal finalidad, ha de conseguirse sin mengua de la independencia judicial, que es también un componente esencial de la noción

---

<sup>5</sup>En este sentido, la LOPJ establece que los autos y sentencias se deliberarán y votarán inmediatamente después de las vistas (art. 253 LOPJ), y lo hará primero el ponente y luego los demás Magistrados, por el orden inverso al de su antigüedad (art. 254.2 LOPJ).

<sup>6</sup>El voto particular tiene la virtud de ser tenido en cuenta a la hora de exigir responsabilidades o de analizar una resolución en vía de recurso, no pudiendo reconocer trascendencia en el mayor o menor grado de efectos jurídicos que tenga la sentencia porque a pesar de la emisión del voto particular, el Magistrado discrepante ha firmado la sentencia adoptada por mayoría. Tanto en el caso del TC en el que sus decisiones son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales, como en el caso del TS en el que su jurisprudencia unifica la aplicación e interpretación del derecho, el reconocimiento de mayores o menores efectos de las decisiones judiciales en el sistema jurídico y en particular en la resolución de casos futuros de características similares, hacen ver en el voto particular un criterio de valoración e incluso de medición del valor vinculante de las decisiones judiciales, de la solidez y de sus posibilidades de evolución como técnica argumentativa. En este sentido véase J.A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro Derecho", citado, p. 36.

<sup>7</sup>Esta precisión a prósito del significado de *jerarquía* en la organización judicial vale también para los sistemas alemán y holandés.



de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado por la Ce (art. 117.1). De ahí el sistema de recursos judiciales, ya que sólo a través de los recursos previstos en las leyes procesales los órganos judiciales superiores pueden corregir, en su caso, la interpretación de las leyes que juzguen incorrectas<sup>8</sup>.

## 7.2 La motivación y la publicación de las decisiones del TS

Para analizar el uso de los precedentes judiciales en el razonamiento jurídico de cualquier tribunal son imprescindibles dos requisitos: que las decisiones judiciales sean motivadas, y que éstas sean publicadas, requisito éste que forma parte de otro más amplio: la publicidad de las decisiones judiciales. La motivación viene exigida ya que, si el TS u otros jueces o tribunales se refieren a sus propias decisiones precedentes o a las de órganos judiciales superiores, lo hacen a su contenido, a su argumentación, y no al fallo. El valor instrumental no corresponde propiamente a la sentencia sino a su motivación<sup>9</sup> y así, cuando los jueces, magistrados, abogados y en definitiva los profesionales del derecho hacen referencia a las decisiones judiciales precedentes lo harán a la motivación, a la argumentación contenida en ellas.

En el sistema jurídico español, la motivación de las decisiones judiciales viene exigida por la Ce. El art. 120.3 Ce establece que “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública<sup>10</sup>”.

La obligación de motivar las decisiones judiciales está conectada también con el derecho subjetivo a la tutela judicial efectiva del art. 24 Ce:

---

<sup>8</sup>Por lo que se refiere al TS estos recursos son el de casación, revisión y otros extraordinarios en jurisdicción civil y en jurisdicción penal (art. 56.1 y 57.1,1 LOPJ respectivamente); en jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso de casación que se interpongan contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso de casación contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ, los recursos contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas, y los recursos de revisión que no estén atribuidos a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ (art. 58 LOPJ); por último, en jurisdicción social, el TS conocerá de los recursos de casación para la unificación de la doctrina y revisión y otros extraordinarios (art. 59 LOPJ).

<sup>9</sup>Cfr. J.L. REQUEJO PAGES, “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990, p. 232.

<sup>10</sup>La STC 3 de noviembre 1987 indica además que la exigencia de motivación no impone una especial estructura de los razonamientos de las sentencias, y que por ello una motivación concisa no deja de ser tal motivación.

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Al relacionar ambos preceptos constitucionales parece que la motivación de las decisiones es un auténtico instrumento de control de la actividad judicial. De esta manera, si un juez o tribunal no motiva su decisión o lo hace erróneamente (de modo irracional) la decisión podrá (mediante el ejercicio del correspondiente recurso) declararse nula y sin efectos. Es decir, la motivación de las decisiones judiciales se convierte así en un instrumento de control de la corrección de la actividad judicial. En este sentido se pronuncia el mismo TS. Sala 1ª en Sentencia de 22 de octubre 1995 para quien el requisito de la motivación constituye un requisito ineludible por dos razones: en primer lugar, para permitir un eventual control mediante revisión jurisdiccional, y en segundo lugar, para evitar la arbitrariedad del razonamiento judicial<sup>11</sup>.

### 7.2.1 La estructura de la motivación judicial

La motivación, según STS Sala 1ª de 27 de mayo de 1996, es una exigencia de expresar las razones de hecho y de derecho que fundamentan las decisiones, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión<sup>12</sup>. El mismo ordenamiento jurídico español regula, no tanto el contenido mismo de la motivación<sup>13</sup>, cuanto su estructura. Lo hace de forma similar en materia civil y penal. El art. 372 LEC enumera los elementos que debe contener las sentencias definitivas:

- El lugar, fecha y Juez o Tribunal que las pronuncie; los nombres, domicilio y profesión de las partes contendientes, y el carácter con que litiguen; los nombres de sus abogados y procuradores y el objeto del pleito.
- Las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse.

<sup>11</sup>En términos similares se pronuncia el TS Sala 1ª en Sentencia de 20 de febrero 1993: la motivación de las decisiones debe exteriorizar la interpretación, y permitir el control jurisdiccional de la decisión.

<sup>12</sup>El requisito de motivación en su significado elemental, esto es como proceso lógico-deductivo, ha sido constantemente declarado por el TS (STS Sala 1ª 7 julio 1989, de 22 de octubre 1995 y de 17 de febrero 1996 entre otras).

<sup>13</sup>Ningún ordenamiento jurídico regula el contenido exacto de la argumentación judicial, entre otras razones porque motivar no significa atribuir jurídicamente un valor o relevancia tasada a los elementos que puedan aparecer en un caso concreto, sino *argumentar*, dar razones que justifiquen la elección o decisión judicial, el valor o relevancia que el juez haya atribuido a los distintos elementos.

- Los fundamentos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrina que se consideren aplicables al caso.
- El fallo, haciendo, también, en su caso, las prevenciones necesarias para corregir las faltas que se hubieran cometido en el procedimiento.

Lo más destacable del art. 371 LEC (y su equivalente para otros órdenes jurisdiccionales) no es tanto la estructura (formal) de las sentencias como el hecho de reflejar (aunque de manera muy discreta) el modelo de razonamiento válido para jueces y tribunales, modelo que realmente determina el contenido de la motivación de las decisiones. Este razonamiento jurídico está fuertemente determinado por el papel protagonista del silogismo jurídico. De hecho, salvo las exigencias formales de lugar, fecha y juez o tribunal, el resto de la estructura de las sentencias se corresponde con la definición de una estructura silogística: hechos, fundamentos jurídicos y fallo.

La crítica en este sentido, no viene de la mano del uso de la lógica formal en el razonamiento judicial, sino del *dominio* de la misma. En la motivación de las sentencias exigida por el art. 120.3 Ce, no basta con que muestre la mera corrección formal de la subsunción lógica, porque la aplicación de las normas jurídicas no consiste en actos cognoscitivos, sino en valoraciones, opciones y decisiones, que han de ser revisables por los órganos judiciales superiores y criticables por la comunidad.

En definitiva, para motivar (racionalmente) una decisión no basta con aplicar el silogismo jurídico. Más bien hay que justificar racionalmente la decisión, elaborando una interpretación contextual guiada por criterios de legalidad y de justicia. La motivación racional de las decisiones convierte a las decisiones precedentes en piezas de argumentación y razonamiento relevantes para la solución de casos posteriores, incluso si éstas carecen de la fuerza para hacer derivar una cadena lógico-deductiva.

### 7.2.2 La publicación de las decisiones judiciales

Junto a la exigencia de motivación (racional) de las decisiones, el requisito de publicación es igualmente esencial a la hora de determinar la relevancia práctica de los precedentes en el razonamiento jurídico. La razón es elemental: sólo su publicación permitirá su posterior utilización. Al igual que las decisiones del TC, también las del TS se publican en el Boletín Oficial del Estado. El art. 107.10 de la LOPJ dice que corresponde al Consejo General del Poder Judicial la "publicación oficial de la colección de jurisprudencia del Tribunal Supremo". Tal publicación tiene la ventaja de reproducir íntegramente las decisiones

judiciales, incluyendo los fundamentos de hecho. El inconveniente, sin embargo, es que aparece con mucho retraso, por lo que se prefieren colecciones privadas (Aranzadi es quizás la más extendida) que aún no publicando íntegramente las sentencias lo hace sin grandes dilaciones<sup>14</sup>.

### 7.3 El modelo de razonamiento jurídico del TS

Si la exigencia de motivación y publicación de las decisiones son los requisitos mínimos para abordar la cuestión del uso de las decisiones precedentes, el modelo de razonamiento judicial determinará el marco en el cual este uso tiene lugar. En otras palabras, el tratamiento y relevancia que las decisiones precedentes han recibido en los sistemas de derecho continental está estrechamente relacionado con la conceptualización misma de la actividad judicial.

El debate acerca del contenido de la actividad judicial se caracteriza por la confrontación de dos enfoques que entienden ésta ya como actividad creativa, el caso del *enfoque sustantivo*, ya como actividad de aplicación del derecho, el caso del *enfoque funcional*<sup>15</sup>. Estos dos enfoques, han caracterizado también el debate en torno a la relevancia (o irrelevancia) de las decisiones precedentes en el razonamiento jurídico.

- Para el enfoque *sustantivo* la actividad judicial es de creación del derecho. O mejor, el grado de generalidad y abstracción en el que el juez o el tribunal formula sus decisiones determina su carácter creativo. Aunque aplicar el derecho consiste en concretizar una norma jurídica ya general o abstracta, los órganos judiciales superiores (los tribunales de casación y constitucionales) formulan sus decisiones de una manera tan general que pueden ser equiparadas a normas jurídicas.
- Para el enfoque *funcional*, dominante en sistemas de derecho civil, no será tanto el grado de generalidad, cuanto la concreta distribución de competencias entre los órganos del Estado el criterio que permite distinguir entre las funciones de creación y de aplicación judicial del derecho. Las decisiones precedentes, según este enfoque funcional no podrán ser equiparables a normas jurídicas.

---

<sup>14</sup>Estas colecciones privadas seleccionan para la publicación las decisiones de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia, dando así la posibilidad de conocer el desarrollo de la labor judicial de estos órganos.

<sup>15</sup>Cfr. J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law*, citado, p. 319.

En realidad, ni el enfoque funcional ni tampoco el sustantivo explican por sí solos la complejidad de la actividad judicial. Si bien, en un principio la aplicación del derecho se entendía como la aplicación mecánica o exclusivamente silogística del derecho, es evidente que hoy en día esta concepción está trasnochada. Ya a finales del siglo XIX se puso de manifiesto que la aplicación del derecho comprende también elementos creativos: las normas abiertas o los conceptos difusos exigen una labor creativa del juez que, sin embargo, no debe confundirse con la elaboración de enunciados normativos —de premisas mayores— que subsumen supuestos de hecho. Se trata más bien de la creación de reglas interpretativas que aclaran el significado de las normas a aplicar que adaptan el derecho a la realidad social (STS Sala 1ª de 3 enero 1990), y que “llena las lagunas de la ley”<sup>16</sup>.

Creo que el acercamiento de los enfoques sustantivo y funcional que caracteriza la actividad judicial actual se pueda resumir en el *modelo de razonamiento argumentativo* presentado en los capítulos anteriores de esta investigación<sup>17</sup>. Este modelo es el que caracteriza la actividad judicial de los más altos tribunales españoles: el TC y el TS. Brevemente, un razonamiento argumentativo mantiene el silogismo jurídico como elemento esencial en el razonamiento jurídico que garantiza la corrección lógica-formal del mismo, y que además,

constituye, cuando menos, el marco general en que toda argumentación ha de moverse<sup>18</sup>.

Ahora bien, el razonamiento judicial no se entiende más como una demostración de la única solución verdadera, sino como la argumentación de la mejor solución (la mejor interpretación) entre todas las posibles<sup>19</sup>. Los argumentos, su corrección, fuerza o racionalidad pasan a ocupar el núcleo del razonamiento judicial.

En este modelo argumentativo de razonamiento las decisiones precedentes no son consideradas ni como normas jurídicas creadas por los tribunales, ni como el resultado de la

<sup>16</sup>L. Díez-Picazo, “La jurisprudencia”, en *Poder Judicial*, Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 279.

<sup>17</sup>Modelo éste al que no es ajeno el mismo TS, que en STS Sala 1ª de 3 enero 1990 establece que la función de este Alto Tribunal es la de interpretar y aplicar las leyes, y en concreto la de hacer “evolucionar los criterios hermenéuticos en relación con los antecedentes históricos, y la realidad social del tiempo en que se han de aplicar las normas, pudiendo, cambiar de orientación, siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria”.

<sup>18</sup>I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, p. 298.

<sup>19</sup>La concepción de la actividad judicial como actividad esencialmente argumentativa tiene una repercusión directa en el estilo de las decisiones judiciales: de uno magistral a otro discursivo. Efectivamente, en el caso de las decisiones del TS, si bien éstas mantienen una estructura lógico-deductiva, su contenido se hace más sustantivo, más argumentativo.

aplicación mecánica del derecho. Las decisiones precedentes son argumentos, razones que vienen a fundamentar una concreta decisión. Con ello quiero sostener la tesis de que la mayor o menor relevancia de las decisiones precedentes en el razonamiento judicial depende, evidentemente, del tratamiento jurídico que hayan recibido, pero también y muy especialmente, del contenido argumentativo del mismo razonamiento.

Este modelo argumentativo de uso de decisiones precedentes está más presente en la actividad del TC que en la del TS, como prueba la doctrina del precedente elaborada fundamentalmente en la STC 5/85 de 23 de enero. En el caso del TS, sin embargo, el más lento acercamiento a esta postura se debe, en mi opinión, a la función que este Alto Tribunal desarrolla en el control de la actividad judicial, que ha consagrado el uso de las decisiones del TS —la jurisprudencia— al control de la uniformidad de la actividad judicial. Este uso es fruto del tratamiento jurídico que han recibido las decisiones del TS.

## 7.4 El tratamiento jurídico de las decisiones precedentes

El sistema jurídico español ofrece un tratamiento jurídico diferenciado a las decisiones judiciales según éstas hayan sido emitidas por el TC o por el TS. Este distinto tratamiento permite distinguir entre los *precedentes* del TC, de los cuales cabe hablar a propósito de su *fuerza vinculante*, y la *jurisprudencia* del TS, relacionada ésta a la función de casación de este Alto Tribunal.

### 7.4.1 Los precedentes del TC

Tanto la Ce como la LOPJ regulan el valor de las decisiones del TC bajo un mismo criterio: el reconocimiento de su fuerza vinculante. Según el art. 5.1 de la LOPJ establece que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Este precepto, sostiene Vives, recoge la influencia que las decisiones del TC tiene y debe tener sobre Jueces y Tribunales, pero no consagra, en ningún modo, el carácter fonticario de las decisiones del TC<sup>20</sup>. Dos tipos de razones convencer a Vives. En primer lugar, el

---

<sup>20</sup>Véase T.S. VIVES, “Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional”, en *Poder Judicial*, 1986,

sistema jurídico español está basado en el principio de legalidad, de manera que sólo la ley es fuente inmediata de normas vinculantes<sup>21</sup>. A la ley, continúa este penalista, a la fuerza de ley, se equiparan las decisiones del TC, o mejor, el fallo y no la fundamentación de sus sentencias. En segundo lugar, para Vives, el hecho de que el mismo TC en Sentencia 5/85 de 23 de enero atribuya a sus propias sentencias valor de precedente, atribuyéndose también la posibilidad de anularlo<sup>22</sup>, es un argumento que habla en contra del carácter fonticio de la doctrina del TC<sup>23</sup>. Las sentencias del TC, concluye Vives, no vinculan a Jueces y Tribunales de forma similar a los precedentes anglosajones.

Creo, al igual que Vives, que las decisiones del TC no pueden ser equiparadas ni entendidas como los precedentes de un sistema de *stare decisis*. Sin embargo, discrepo en la idea de que la vinculación, si tal, sólo se puede predicar del fallo (que tiene “plenos efectos frente a todos”) y no de la motivación o la interpretación de la misma. La novedad del art. 5.1 LOPJ no estriba en la declaración de la vinculación de los jueces y tribunales a la Ce *conforme* a las resoluciones del TC, sino en la vinculación a las *interpretaciones* del TC, es decir, de los criterios interpretativos, de las motivaciones elaboradas por el TC.

Paradójicamente, la razón que sostiene esta tesis, es la misma que Vives utilizada para defender la tesis contraria: la STC 5/85 de 23 de enero que elabora una técnica de precedente judicial de vinculación relativa. Como ya indiqué en el capítulo anterior, las técnicas de divergencia y separación de los precedentes judiciales forman parte de la más general técnica de seguimiento. Es decir, la consagración de la vinculación, o de la fuerza vinculante de las decisiones del TC tiene que, a fin de que esta vinculación sea racional, permitir y articular su separación y modificación. Efectivamente, no se trata de una vinculación fonticia, es decir, el fundamento de la relevancia de las decisiones del TC no se encuentra en su carácter de fuente del derecho. Sin embargo, la técnica del precedente (seguimiento y separación) elaborada por el TC dice mucho en favor de la fuerza vinculante de las motivaciones o interpretaciones del TC. Por lo tanto, la relevancia de las decisiones precedentes del TC está reforzada con la atribución de carácter vinculante establecido en el art. 5.1 LOPJ y más tarde desarrollado por la STC 5/85 de 23 de enero.

Finalmente, si por validez de la decisión judicial se entiende, siguiendo a Wróblewski,

---

pp. 9 y ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>22</sup> El TC en la mencionada resolución determina el alcance del principio de igualdad en relación a la relevancia de las decisiones precedentes. Establece que un mismo órgano judicial no puede cambiar el criterio seguido en anteriores decisiones sobre casos idénticos, si no se motiva ese cambio. Ésta es, sin duda, una mayor aproximación al valor del precedente.

<sup>23</sup> Cfr. T.S. VIVES, “Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional”, citado, p. 11.

la fuerza vinculante atribuida por las normas jurídicas válidas, hay que estar de acuerdo con Vazquez Bote cuando indica que tal fuerza sólo se extiende a la jurisprudencia del TC y no a la que tiene su origen en la jurisdicción ordinaria, ni siquiera la del TS que deberá ajustarse a las pautas indicadas por el TC<sup>24</sup>.

#### 7.4.2 La jurisprudencia del TS

Las decisiones del TS no son fuentes del derecho español, es decir, tampoco en este caso vale el sistema basado en la doctrina del precedente anglosajón o *stare decisis* de vinculación absoluta. Tampoco son vinculantes en el sentido del art. 5.1 LOPJ que sólo atribuye fuerza vinculante a las decisiones del TC. Queda pues analizar la relevancia jurídica reconocida a las decisiones de la jurisdicción ordinaria, y en particular a las del TS, desde la perspectiva del *recurso de casación*, o en otras palabras, queda abordar el tratamiento jurídico de la *jurisprudencia*. Esta regulación, que se podría resumir en los art. 1.6 Cc y los arts. 5.4 LOPJ y 1692 LEC, adolece de una falta de claridad y de un criterio unívoco acerca de su relevancia o incluso valor vinculante. Por un lado, el art. 1.6 Cc parece inequívoco al refutar el carácter fonticio de la jurisprudencia y afirmar que ésta es derecho interpretado que "complementará el ordenamiento jurídico"; de otro lado, sin embargo, la regulación la jurisprudencia del TS en relación al recurso de casación parece que se decante por el reconocimiento de carácter vinculante, hasta considerar la jurisprudencia "derecho objetivo".

El art. 1.6 Cc Bajo la rúbrica del primer Capítulo del Cc *Fuentes del derecho*, el apartado 6 del art. 1 establece que "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". El mismo art. 1 Cc en su apartado 1 dice que "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre

---

<sup>24</sup>Cfr. E. VAZQUEZ BOTE, "El sistema de fuentes y la LOPJ", citado, p. 1084. En los términos propuestos por Wróblewski, se puede sostener que las motivaciones, las reglas interpretativas elaboradas por el TC tienen una validez-T o una validez-G, es decir, que respectivamente o bien todos los destinatarios de las normas legales válidas, o bien un determinado grupo de estos *están vinculados por esta decisión según reglas legales válidas* (cfr. J. WRÓBLEWSKI, *La constitución y la teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 81 y ss). La fuerza vinculante o validez-T y validez-G es el mayor grado de efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico continental atribuye a las decisiones judiciales. Esta, sin embargo, no ha sido reconocida a la jurisprudencia del TS.



y los principios generales del derecho”<sup>25</sup>.

La interpretación sistemática de este art. 1 Cc en relación con la jurisprudencia no podía ser más confusa, incluso contradictoria como indica Díez-Picazo<sup>26</sup>: de un lado, el art. 1.1 Cc enumera las fuentes del derecho; de otro lado, el apartado 6 atribuye a la jurisprudencia la función de complementar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el art. 1 Cc describe en su apartado 1 un sistema jurídico normativista (sólo existe una fuente —en realidad son tres: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho), y en el apartado 6 otro sistema “en el que se puede hablar como propiedad de “integración”<sup>27</sup>.

A pesar de esta contradicción, que refleja la discusión en torno al valor o relevancia de la jurisprudencia del TS, conviene destacar el mérito del citado art. 1.6 Cc: la definición de jurisprudencia. En concreto, jurisprudencia es la doctrina *reiterada* establecida por el *Tribunal Supremo* al *interpretar y aplicar* la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

- El TS es *fuerza material* de la jurisprudencia, aunque después de la reforma de la LEC que modificó los arts. 1729 y 1732, también los Tribunales Superiores de Justicia crean jurisprudencia cuando resuelven recursos de casación en el ámbito del art. 73.1.a) de la LOPJ.

Se trata de convertir un criterio de carácter organizativo como el *criterio jerárquico* en un factor determinante para el reconocimiento de efectos jurídicos a la jurisprudencia del TS. La razón de la elección de este criterio jerárquico está en estrecha relación con la función del TS como órgano de casación: a fin de garantizar la unidad y uniformidad de la actividad judicial (en el ámbito de la jurisdicción ordinaria)<sup>28</sup>, un órgano judicial —el superior— pondrá punto y final a la elaboración de criterios interpretativos. Así, la *ratio* del recurso de casación y de la jurisprudencia del TS no es otra que la de dotar de cierta previsibilidad la actividad realizada por los órganos del poder judicial.

---

<sup>25</sup>El Cc en su redacción originaria no mencionaba en absoluto a la jurisprudencia. El art. 6 Cc decía que eran fuentes del derecho la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. La reforma del Cc de 1974 menciona por primera vez la jurisprudencia, pero no lo hacía en el art. 1.1 en el que se recogían las fuentes del derecho, sino en el art. 1.6 Cc otorgándole la versátil función de complementar el ordenamiento jurídico.

<sup>26</sup>Cfr. L. Díez-PICAZO, “La jurisprudencia”, citado, p. 284.

<sup>27</sup>*Ibidem*.

<sup>28</sup>La estructura jerárquica del sistema jurídico, según Posner, envuelve la idea de estabilidad y reduce la incertidumbre de las decisiones judiciales (cfr. R.A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1990, p. 81).

En este sentido, es decir en relación a la coincidencia del TS como fuente de la jurisprudencia y como órgano de casación, se manifiesta el mismo TS quien en sentencia de 28 septiembre 1988 conecta el art. 1.6 Cc con la LOPJ: al TS le está atribuida la formación de la doctrina legal en tanto que también le está atribuido el conocimiento de los recursos de casación. Se deja así entrever la verdadera función y consideración de la jurisprudencia con una naturaleza más procesal: la motivación del recurso de casación.

- La doctrina del TS debe, a tenor del art. 1.6 Cc, ser *reiterada*, requisito éste que se traduce en la necesidad de que existan dos o mas sentencias en un mismo sentido. El TS en sus distintas Salas ha insistido en que una única sentencia no constituye jurisprudencia y que se debe invocar al menos dos sentencias *sustancialmente idénticas*<sup>29</sup>. Esta regla conoce pocas excepciones. Es el caso de la STS Sala 1ª de 15 julio 1988. El TS resuelve un recurso de casación en la que el recurrente ha invocado una única decisión para fundamentar el recurso. En su solución, el mismo TS tras reiterar que una sola sentencia no crea jurisprudencia, indica que “en la resolución citada por el recurrente, actuó la Sala 1ª del TS en *pleno*, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere<sup>30</sup>.

Perelman enumera algunos de los criterios posibles para determinar qué decisiones judiciales son relevantes para el razonamiento jurídico: referirse a la decisión que represente la mayoría de decisiones judiciales; elegir la última decisión por entender que ésta representaría la interpretación del tribunal; o finalmente, utilizar un criterio múltiple y entender que la referencia no se hace a una sola decisión sino a una serie o *línea* de jurisprudencia. Éste es el criterio defendido por Perelman<sup>31</sup>, y también el elegido por el sistema jurídico español.

- La doctrina reiterada se establece por el TS al *interpretar y aplicar* la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Éste es el último de los tres requisitos jurídicos para la formación de la jurisprudencia.

En este caso hay que poner en relación el art. 1.6 Cc con el art. 12.2 LOPJ ya que el TS desarrolla su actividad judicial “en virtud de los recursos que las leyes establezcan” que no son otros que el recurso de casación (en todos los distintos órdenes

<sup>29</sup>STS Sala 1ª de 14 junio 1991, 11 diciembre 1989 y 12 diciembre 1990; STS Sala 3ª de 20 diciembre 1989; STS Sala 4ª de 14 junio 1980; STS Sala 6ª de 28 mayo 1983 y 26 mayo 1987.

<sup>30</sup>El énfasis es mío.

<sup>31</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 477.

jurisdiccionales). La actividad judicial del TS se *limita* así a la revisión y control de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales inferiores jerárquicamente, atendiendo al criterio de la uniformidad de los criterios interpretativos en lo que se refiere al control de la adecuación de la argumentación recurrida a las líneas jurisprudenciales establecidas por el TS.

Resta, para completar el análisis del art. 1.6 Cc, analizar la función de la jurisprudencia que según el Cc consiste en *complementar el ordenamiento jurídico*. Ésta, dice el mismo TS, es la "verdadera trascendencia normativa de la jurisprudencia" (STS Sala 1ª 12 diciembre 1990)<sup>32</sup>. Complementar consiste, siguiendo al TS Sala 4ª, "en una continua reflexión, buscar la acomodación de las normas a la realidad social, siempre cambiante y dinámica, en el intento de lograr aquellas soluciones que se ajusten de forma más precisa a los principios que informan el ordenamiento jurídico en aquellos preceptos que se trata de interpretar".

Así, se puede concluir que "complementar el ordenamiento jurídico" no es sino aplicar el derecho. Si esto es así valen los siguientes comentarios. El primero lo propone Rodríguez Del Barco para quien el tratamiento sistemático más adecuado de la jurisprudencia del TS habría sido en el capítulo segundo del título primero del Cc dedicado a la aplicación de las normas jurídicas y no el capítulo primero del mismo libro que regula las fuentes del derecho<sup>33</sup>.

El segundo comentario es que "complementar el ordenamiento jurídico" (aplicar el derecho) no es en absoluto una función exclusiva del TS sino de todos los jueces y tribunales que integran el poder judicial<sup>34</sup>.

En conclusión, creo que la verdadera función de la jurisprudencia del TS no está descrita en el art. 1.6 Cc (a pesar de que aquí se encuentre su definición jurídica) sino en la regulación del recurso de casación ya que lo que sí es exclusivo del TS es su función como órgano de casación. Por eso, el mismo TS,

---

<sup>32</sup>Creo que la regulación del art. 1.6 Cc sobre la jurisprudencia del TS, lejos de aclarar su valor y relevancia para el ordenamiento jurídico, no hace sino provocar la aparición de categorías *ad hoc* que expliquen este valor: *fuentes indirecta, función complementadora o función integradora del ordenamiento jurídico*. En definitiva formas que intentan reflejar el valor *de facto* de las decisiones del TS.

<sup>33</sup>Cfr. J. RODRÍGUEZ DEL BARCO, "La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del Cc", en *Revista de Derecho Privado*, 1975, p. 1005.

<sup>34</sup>Además, como indica Díez-Picazo, en esta función de integración, la jurisprudencia no se encuentra sola. El mismo Cc enumera la analogía, los principios generales, la equidad junto a la jurisprudencia como instrumentos en la aplicación e interpretación del derecho (cfr. L. DÍEZ-PICAZO, "La jurisprudencia", citado, p. 284).

atribuye a sus criterios jurisprudenciales funciones complementarias del ordenamiento en garantía de la exactitud y uniformidad de su aplicación y de la certeza del derecho y seguridad jurídica<sup>35</sup>.

El art. 1692.4 LEC El recurso de casación, según esta disposición normativa, se podrá interponer por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia (del TS)<sup>36</sup>. El valor y función de la jurisprudencia en el sistema jurídico español parece así ser la de motivar el recurso de casación ante el TS.

Algunos autores han visto en esta disposición un argumento a favor del carácter vinculante y fonticio de la jurisprudencia en tanto que se equipara, a los efectos de motivación de la casación, la infracción del ordenamiento jurídico con la infracción de la jurisprudencia<sup>37</sup>. Ciertamente carecería de sentido atribuir carácter vinculante a las decisiones del TS si su infracción no tuviera consecuencias. De manera que el hecho de extender el control de la casación a la infracción de la jurisprudencia, como lo hace el art. 1692 LEC, es un síntoma de la atribución de fuerza vinculante, de su reconocimiento como derecho objetivo.

El criterio que determina el valor vinculante de la jurisprudencia, su consideración como fuente del derecho, y no como mero complemento del derecho, no es tanto el valor que el ordenamiento jurídico le haya atribuido como las sanciones que se prevean por su infracción. Y en el caso de la jurisprudencia del TS la sanción es la misma que la prevista por infracción del derecho objetivo: la anulación. Según De Otto:

sea cual sea el calificativo que se le aplique, el ordenamiento jurídico establece que la sentencia que la infrinja podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, del derecho<sup>38</sup>.

Así, para De Otto los arts. 1692 LEC y 1.6 Cc obligan a plantearse el problema del

<sup>35</sup> *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, Discurso de apertura de los Tribunales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 18.

<sup>36</sup> Los motivos que el art. 1692 LEC menciona para la interposición del recurso de casación son: abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción; incompetencia o inadecuación del procedimiento; quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas regulares de las sentencias o de las que rigen los actos y garantías procesales; e *infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia* que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

<sup>37</sup> Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, p. 292.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

valor de la jurisprudencia en los siguientes términos:

o la jurisprudencia forma parte del derecho vigente, del ordenamiento, lo que explica que pueda anularse la sentencia infringida, o no forma parte del ordenamiento, y sólo lo complementa, lo que quiere decir que el recurso de casación por infracción a la jurisprudencia sería inconstitucional porque permite que se anulen sentencias que son conformes con el ordenamiento pero contrarias a algo que no forma parte del mismo<sup>39</sup>.

Sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina española y del TS ha sido la de refutar el carácter fonticio de la jurisprudencia. El argumento principal que sostiene esta tesis es que la jurisprudencia no ha sido mencionada en el art. 1.1 Cc y que su función, según el tratamiento recibido en el art. 1.6 Cc no es la de formar parte del ordenamiento jurídico sino la de complementar a éste<sup>40</sup>.

Díez-Picazo enumera otras razones a favor de la tesis no fonticia de la jurisprudencia<sup>41</sup>:

- Según el art. 117.1 Ce los jueces están *sometidos únicamente al imperio de la ley*. Para Díez-Picazo esta norma proclama la sujeción del poder judicial a la ley prohibiendo cualquier tipo de creación judicial del derecho.
- El art. 117.3 Ce establece que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". La *interpretación y la aplicación* del derecho son las funciones del poder judicial, excluyéndose por lo tanto la de creación de normas jurídicas.
- El último argumento en contra del carácter fonticio de la jurisprudencia viene de la mano del mismo art. 117.4 Ce según el cual una posible consideración de la función creativa del poder judicial sería sólo posible si una norma atribuyera tal función.

De Otto rechaza estos argumentos, fundamentalmente la sumisión del poder judicial a la ley y la separación de poderes. Si se declara que los jueces están sometidos al imperio de la ley, y esta sumisión se reduce al derecho positivo, tampoco la costumbre

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 298.

<sup>40</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 173-174.

<sup>41</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, "La jurisprudencia", citado, pp. 280-281.

o los principios generales del derecho tienen cabida en el sistema de fuentes. Además, continúa De Otto, el argumento de la independencia de los jueces y tribunales no debería olvidar que el principio organizativo del poder judicial es el jerárquico, y que la cúspide de la organización es el TS. La labor de unidad de la interpretación sería, por lo tanto, incompatible con la independencia de los jueces<sup>42</sup>. Es decir, o la independencia de los jueces se interpreta en armonía con la organización jerárquica del poder judicial, o la unidad en la aplicación del derecho no tiene mayor relevancia.

Discutir si la jurisprudencia es o no fuente del derecho sólo es posible desde posiciones positivistas. De hecho tanto los argumentos en contra (art. 1.6 Cc y 117 Ce) como los argumentos a favor (art. 1692.4 LEC) buscan en el ordenamiento jurídico, y en esto se asemejan, el valor concreto de los precedentes en general, y de la jurisprudencia en particular. Y este intento, aunque loable, no resuelve ningún interrogante, aunque sí indica los límites de la discusión: la jurisprudencia no puede entenderse como una norma, pero tampoco es un elemento irrelevante para el ordenamiento jurídico.

Para reconstruir la relevancia de la jurisprudencia en el sistema jurídico español hay que tener en cuenta dos extremos: que se trata de un derecho interpretado y aplicado; y que su uso está en estrecha relación con la casación.

Como derecho interpretado y aplicado, la jurisprudencia, sostiene Díez-Picazo, tiene las siguientes funciones:

- Aportar los criterios de interpretación y aplicación del derecho, sin que tales criterios se puedan entender "como normas en sentido propio y pleno"<sup>43</sup>. Es decir, que la jurisprudencia *per se* no es una fuente del derecho pero sí *un test o una pista que sirve para encontrarlo*<sup>44</sup>.
- La interpretación integradora de las normas ya sea por exigencia de coherencia sistémica o por cualquier otra razón.
- La decantación y aplicación de los principios generales del derecho cuando no haya ley o costumbre aplicable al caso. La jurisprudencia no crea estos principios sino que los descubre, puesto que son preexistentes<sup>45</sup>.

En relación a la casación, la función de la jurisprudencia será la de controlar la actividad judicial para garantizar la unificación de la aplicación del derecho. Para ello será

---

<sup>42</sup>Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, pp. 299-302.

<sup>43</sup>L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, citado, p. 173.

<sup>44</sup>L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 140.

<sup>45</sup>Cfr. L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, Vol I, citado, pp. 175-176.

necesario reconocer a las decisiones del órgano de casación, el TS, cierta relevancia, si bien no una vinculación estricta.

### 7.4.3 Valoración del tratamiento jurídico de las decisiones judiciales

Desde el punto de vista de la regulación jurídica, el ordenamiento jurídico español no ha atribuido carácter fonticio a las decisiones judiciales, es decir, éstas no son equiparables al sistema de precedentes vinculantes del sistema anglosajón. Ahora bien, sí ha otorgado un tratamiento distinto a las decisiones judiciales ya provengan éstas del TC o del TS. Parece que la fuerza vinculante atribuida a las decisiones del TC sea mayor o al menos más contundente que la atribuida a las decisiones del TS. Este distinto tratamiento se debe a la función o competencia de ambos Altos Tribunales en el sistema español: ser el intérprete supremo (en el caso del TC) o bien el órgano de casación (en el caso del TS). Por eso, creo que el análisis de la relevancia de la jurisprudencia y su uso en el razonamiento jurídico español exija el análisis paralelo de la casación. Más aún, el estudio de esta institución es fundamental para determinar la función de la jurisprudencia y superar la oscuridad y lo contradictorio de su regulación jurídica.

## 7.5 El fundamento de la jurisprudencia: la casación

La jurisprudencia del TS está estrechamente vinculada a la función de este Alto Tribunal como órgano de casación. Como indica Requejo Pages,

En realidad, no hay casación porque exista jurisprudencia, sino que hay jurisprudencia porque existe casación. No es la normatividad de los criterios interpretativos del Supremo lo que explica la casación como instrumento para sancionar sus contravenciones, sino que es la superioridad decisoria de este Tribunal lo que justifica la casación<sup>46</sup>.

### 7.5.1 La evolución histórica de la casación

El TS fue, desde su creación, el órgano *ad hoc* de casación aunque con una función más limitada que la actual: la anulación de la decisión judicial infractora (de la ley) sin preveer

<sup>46</sup>J. A. REQUEJO PAGES, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", citado p. 239.

la posibilidad de que el TS pudiera dictar una nueva sentencia en la que se recogiera la interpretación que este órgano entendía correcta<sup>47</sup>. Esta limitación estaba inspirada en la idea de evitar la creación del derecho por los jueces. El juez estaba enteramente sometido a la ley de modo que cualquier duda sobre la interpretación de la ley debía someterse a decisión del legislador (*référé législatif*). El Parlamento era el intérprete de su propia ley, y el juez el aplicador mecánico de ésta.

En el sistema jurídico español, al igual que en otros sistemas de influencia francesa, la institución de la casación ha experimentado una notable evolución por lo que se refiere a su fin<sup>48</sup>. Paulatinamente, se suprime el *référé législatif* y el tribunal de casación se desvincula del legislativo. Además el control de los errores en la interpretación se extiende a todos los jueces inferiores<sup>49</sup>. A partir de entonces, la evolución de la casación correrá paralela a la de la jurisprudencia. Es cuando la función de casación no se limita a la anulación de las decisiones infractoras, sino que el TS motiva, justifica, tal anulación influyendo así en la aplicación del derecho de los jueces inferiores<sup>50</sup>.

El TS se convierte de esta manera en un órgano judicial con la misión de establecer la interpretación correcta de la ley. La ampliación de la casación a una actividad positiva o creativa de las reglas interpretativas se establece definitivamente con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855. Según ésta existen dos motivos de interposición del recurso de casación: la infracción de la ley y la infracción de la doctrina legal. Era evidente que si la LEC mencionaba la "doctrina legal" era porque las decisiones del TS contenía más que un fallo de anulación. Es entonces cuando se puede hablar de jurisprudencia en el sentido moderno<sup>51</sup>, es decir como reglas interpretativas que se desprenden de líneas de resoluciones.

Las últimas reformas de la casación vienen de la mano de la ley 34/1984 de 6 de agosto que sustituye el término "doctrina legal" por "jurisprudencia", y la Ley 10/1992 de 30 de abril. Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Ambas acomodan la casación a la Constitución que con el reconocimiento de valores y principios enriquecerá la actividad

<sup>47</sup>Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, p. 294.

<sup>48</sup>Si bien esta evolución no es tan notable como la experimentada por la casación holandesa, como se verá más adelante.

<sup>49</sup>Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, p. 293.

<sup>50</sup>*Ibidem*. Fruto de esta motivación será la aparición de la jurisprudencia como el conjunto de principios que inspiran al Tribunal en la aplicación del derecho (cfr. L. Díez-PICAZO, "La jurisprudencia", citado, p. 276).

<sup>51</sup>Cfr. L. Díez-PICAZO, "La jurisprudencia", citado, p. 276.



judicial<sup>52</sup> y a la regulación contenida en la LOPJ<sup>53</sup>.

La situación actual de la casación en el sistema jurídico español (y ésta es una situación también extensible a la mayoría de los órganos de casación continentales) se caracteriza por su crisis y el replanteamiento de su función nomofiláctica o de garantía del cumplimiento de la ley por los tribunales. En esta línea habría que localizar la presente investigación.

### 7.5.2 La función y fundamento de la casación

La función de la casación resultante de las reformas de 1984 y 1992 es doble: la interpretación correcta del derecho, la denominada función nomofiláctica, y el control de la unidad del derecho mediante el control de la actividad judicial<sup>54</sup>. La unidad de la jurisprudencia se proyecta tanto hacia el pasado, en la forma de control judicial de las decisiones, cuanto hacia el futuro, ya que influye en la actividad judicial de jueces y tribunales<sup>55</sup>.

El fundamento de ambas funciones (nomofiláctica y unidad) es el mismo: la *uniformidad* de la aplicación del derecho en estrecha relación al principio de *seguridad jurídica*<sup>56</sup>: la simplificación de la diversidad y complejidad de los criterios de interpretación elaborados por los distintos órganos judiciales mediante la jurisprudencia permite una "nada despreciable dosis de previsibilidad"<sup>57</sup> que, en términos prácticos, es un indicador de las posibilidades de éxito en la causa y, en términos teóricos, es un indicador de la relevancia de la doctrina del TS.

Gracias a la función casacional del TS, éste elabora criterios interpretativos que serán seguidos por todos tribunales como consecuencia de una modalidad de casación fundamentada en la infracción de la jurisprudencia<sup>58</sup>. El TS tiene, en definitiva, el deber de crear jurisprudencia y los restantes jueces y tribunales la obligación de respetarla, o bien, como indica De Otto, el juez tiene el deber de sentenciar conforme a la jurisprudencia porque ésta forma parte del ordenamiento jurídico y su infracción está sancionada por

---

<sup>52</sup>Los jueces y tribunales deberán concretizar los valores y principio de la constitución, así como incorporar a la decisión jurídica elementos de la realidad social.

<sup>53</sup>En ambas reformas, sin embargo el legislador se limita a retocar la institución de la casación ya que no se otorgó un tratamiento unitario al recurso en los distintos órdenes jurisdiccionales.

<sup>54</sup>Véase M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, citado; también, L. DÍEZ-PICAZO, "La jurisprudencia", citado.

<sup>55</sup>*Ibidem*, p. 72.

<sup>56</sup>El Supremo en STS Sala 5ª de 14 junio 1982 declara el principio de unidad de doctrina y seguridad jurídica como aquellos que rigen en la jurisprudencia y que determinan el seguimiento de criterios idénticos en la solución de los casos.

<sup>57</sup>J.L. REQUEJO PAGES, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", citado, p. 236.

<sup>58</sup>Cfr. I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, citado, p. 294.

casación<sup>59</sup>.

Además, como indica Wróblewski,

la uniforme aplicación del derecho es una garantía de la justicia y de la certeza de la misma. La justicia se concibe aquí formalmente<sup>60</sup>.

Es decir que hechos iguales deben tener consecuencias semejantes (principio de justicia formal).

Justificar la casación mediante el principio de seguridad jurídica y de unidad en la aplicación del derecho convierte a esta institución procesal en una *técnica de control* de la interpretación y aplicación del derecho de los órganos judiciales inferiores. Dicho control no se podía realizar de otra forma ya que el art. 12 LOPJ establece el principio de independencia de los jueces. El control de la actividad judicial se entiende como el control de la adecuación de la interpretación a alguna de las líneas de jurisprudencia del TS y dicha adecuación sólo es posible mediante recurso de casación.

En la tensión entre estabilidad y adecuación de la actividad judicial, se ha preferido un modelo judicial tal que asegure, mediante el uso de la jurisprudencia del TS, la *previsibilidad de la aplicación del derecho* y sancione, dentro de lo razonable, cambios de criterio o de interpretación. Extremadamente cauto se proclama el TS en este sentido:

La deseada estabilidad de la doctrina jurisprudencial y la función desempeñada por el recurso de casación, que es la de velar en abstracto por la exactitud y uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico vigente... no puede entenderse en un sentido inmovilista, total y absoluto que suponga el estancamiento del derecho, sino que debe acogerse con *prudente* flexibilidad en aras de su constante progreso y de su *ponderada* actualización en una continua y renovada evolución que permita, *excepcionalmente*, alterar el principio de unidad de la jurisprudencia siempre que concurran razones suficientes y justificadas<sup>61</sup>.

La jurisprudencia parece alejarse de la función de adecuación del derecho al contexto en el que tiene lugar (art. 1.6 Cc), para aparecer,

---

<sup>59</sup>*Ibidem*, p. 299.

<sup>60</sup>J. WRÓBLEWSKI, "Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory Law*", en "*Sentido*" y "*Hecho*" en el derecho, citado, p. 228.

<sup>61</sup>STS Sala 1ª de 6 marzo 1995. El énfasis es mío.

como un adecuado elemento fiscalizador y corrector, al tiempo que unificador, de los criterios interpretativos manejados por la pluralidad de los órganos que integran el Poder Judicial<sup>62</sup>.

A este punto el análisis de la jurisprudencia del TS se aleja de la función complementaria que el art. 1.6 Cc le atribuía. La relevancia jurídica de ésta deriva de su uso en la motivación del recurso de casación. Ahora bien, esta institución unificadora (o de control) no atribuye fuerza vinculante alguna a la jurisprudencia, o mejor, la jurisprudencia no tiene más valor vinculante que el que en cada caso quiera atribuirle, mediante cada sentencia, el TS<sup>63</sup>.

## 7.6 El uso de la jurisprudencia en la argumentación jurídica

En el siguiente apartado quiero distinguir dos usos de la jurisprudencia en la actividad judicial, según sea ésta utilizada por los jueces y tribunales inferiores o por el propio TS. Se trata, respectivamente, de su uso como *argumento de autoridad* y como instrumento *unificación de los criterios y líneas interpretativas*. Especialmente relevante para esta investigación es la consideración y uso que el mismo TS hace de sus decisiones precedentes. Su estudio revela que la relevancia de éstas no depende tanto del tratamiento jurídico cuanto de su uso en el razonamiento jurídico.

### 7.6.1 La jurisprudencia del TS como argumento de autoridad

Los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria realizan, en la motivación de sus decisiones, constantes referencias a la jurisprudencia del TS. La forma de citar jurisprudencia consiste en nombrar al menos dos sentencias precedentes (es el requisito de la *doctrina reiterada* del art. 1.6 Cc), referencia ésta que en la mayoría de los casos se limita a la fecha de las mismas sin mencionar explícitamente su *ratio decidendi*, es decir, el criterio interpretativo aplicado al caso concreto.

El fundamento de este uso es doble: de un lado la *autoridad* de la jurisprudencia del TS al ser éste el órgano superior de la jurisdicción ordinaria al que se le ha asignado la unificación de los criterios interpretativos, y a cuyas decisiones se le ha atribuido una cierta

---

<sup>62</sup>J.L. REQUEJO PAGES, "Juridicidad, precedente y jurisprudencia", citado, p. 236.

<sup>63</sup>*Ibidem*, p. 237.

relevancia jurídica mediante la casación; de otro lado el fundamento de lo que Perelman denomina *recurso a la jurisprudencia como ejemplo*<sup>64</sup> que consiste en justificar la decisión actual según la regla común a casos anteriores, regla que se trae a colación con el ejemplo. El ejemplo utilizado funciona como puente entre los casos anteriores y el actual<sup>65</sup>.

A pesar de que sean dos los fundamentos que justifican el recurso a la jurisprudencia por los jueces y tribunales (la autoridad de la jurisprudencia y el ejemplo de interpretación) la vaguedad y falta de precisión que caracterizan su uso hace pensar que sea el elemento autoritativo, más que el ejemplificador, lo que persuade al juez a usarla. Efectivamente, el uso de la jurisprudencia permite que el desacuerdo sobre la interpretación de un enunciado jurídico se resuelva mediante la autoridad que se le reconoce. Este uso responde a la utilización del argumento de autoridad en el ámbito de la persuasión; además, esta fuerza persuasiva se ve incrementada con la reiteración.

Este uso de la jurisprudencia por jueces y tribunales (un uso centrado en la autoridad y reiteración) presenta algunos puntos débiles. En concreto me refiero a la forma de referencia y al automatismo de la actividad judicial.

Los jueces y tribunales mencionan las decisiones del TS, mención que se limita a la referencia de la fecha y número de sentencias, aunque también es común hacer una escueta citación de su contenido. Esta forma de referencia oculta la importancia de una actividad que debería correr paralela: la de identificar el contenido mismo de la jurisprudencia, los criterios interpretativos que han sido establecidos por el TS y, que tienen la virtualidad de fundamentar el recurso de casación<sup>66</sup>.

La importancia de tal operación radica en la razón misma de la jurisprudencia: doctrina reiterada en casos *sustancialmente idénticos*. Es decir, la razón por la que jueces y tribunales mencionan una determinada línea de interpretación será, no sólo por el número de casos, sino también porque los casos mencionados son esencialmente similares. El vínculo de éstos, el nexo de unión entre las distintas sentencias serán la *ratio decidendi*.

La pregunta es inmediata: ¿qué se debe entender por *ratio decidendi*? Para responderla, el juez debe desarrollar una labor interpretativa orientada al su descubrimiento, al descubrimiento de aquellos criterios jurídicos que han decidido el caso concreto. El uso

---

<sup>64</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, citado, p. 471.

<sup>65</sup>Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987, p. 313.

<sup>66</sup>Como indica Peczenik, no es la decisión judicial, o decisiones judiciales, en sí la que aporta al sistema jurídico elementos de unidad y de previsibilidad, sino la instrumentalización de la misma (A. PECZENIK, *On Law and Reason*, citado, p. 333).

de la jurisprudencia depende así de la interpretación que en cada caso haga el órgano judicial. En principio, se considerarán las razones que fueron aducidas por el juez o tribunal para justificar la decisión; sin embargo, también se puede considerar aquellas razones necesarias para la justificación de la decisión que sin embargo no fueron aducidas en la decisión: *constructed ratio decidendi*<sup>67</sup>. Esta actividad interpretativa o reconstructiva de la *ratio decidendi* permite además la consideración de los criterios interpretativos ya sea como criterios determinantes del caso, como *ratio decidendi*, ya como mera argumentación *ad abundantiam*, *obiter dicta*.

Por lo tanto cuando un órgano judicial hace referencia a una línea de STS para argumentar su decisión, no lo hace respecto a la totalidad de las STS, sino sólo a aquellos criterios, afirmaciones y doctrinas legales que han sido utilizadas como razón básica para adoptar la decisión<sup>68</sup>. Falta, en el uso de la jurisprudencia, la elaboración y mención a la *ratio decidendi* de las sentencias citadas.

El segundo punto débil que quiero destacar en relación a la jurisprudencia es la rutina o automatismo<sup>69</sup> a la hora de resolver los casos. Decidir en el mismo sentido que lo hizo el Alto Tribunal provoca, según Wróblewski una rutina que es más cómoda que la novedad<sup>70</sup>. Cuando en una resolución judicial, el juez o tribunal toma en consideración la jurisprudencia del TS, hay una mayor posibilidad de que éste último mantenga la resolución, si es que ésta fue recurrida por casación. En cambio, si el órgano judicial emitió una decisión que se separa de la línea indicada por el órgano superior, las posibilidades de retirar esa resolución, y por lo tanto de ganar el recurso de casación, aumentan considerablemente<sup>71</sup>. Aunque la previsibilidad sea entendida como un compromiso entre la necesaria unificación de los criterios interpretativos y la adecuación de éstos a la evolución de la sociedad, en

<sup>67</sup>Precisamente la técnica aceptada en Suecia es la de re-exponer y re-justificar la *ratio*.

<sup>68</sup>Los criterios y reglas que se tengan un carácter incidental o sean utilizadas como argumentación subsidiaria son consideradas *obiter dicta*. La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, "constituye una delicada tarea de interpretación de la sentencia que no es nunca fácil de hacer" (L. Díez-Picazo, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, citado, p. 174).

<sup>69</sup>De automatismo habla Díez-Picazo en, L. Díez-Picazo, "La jurisprudencia", citado, p. 277.

<sup>70</sup>Cfr. J. WRÓBLEWSKI, "Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory Law*", citado, p. 227.

<sup>71</sup>*Ibidem*, pp. 227 ss. Este problema está estrechamente relacionado, sostiene Wróblewski, con la consideración funcional de los jueces y magistrados. Un juez al que repetidamente, tras ejercer el oportuno recurso de casación, el TS le corrige la interpretación elaborada por considerarla no conforme a jurisprudencia, puede ver afectada su carrera profesional, de la misma manera que un juez cuyas decisiones son mantenidas por el TS. Cabría cuestionarse hasta qué punto su actuación es independiente, siendo este un defecto relativo a la racionalidad de la decisión judicial (cfr. J. WRÓBLEWSKI, "Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial", en "*Sentido*" y "*Hecho*" en el derecho, citado, p. 243).

su dimensión práctica, la predictibilidad es realmente una cuestión de equilibrio entre las expectativas de ganar el recurso de casación contra las de perderlas. Aplicar correctamente el derecho se convierte así un ejercicio de adecuación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>72</sup>.

### 7.6.2 La jurisprudencia del TS como instrumento de control y unificación de la interpretación

El uso de la jurisprudencia del TS por este mismo órgano superior está íntimamente relacionada con la elaboración de criterios interpretativos en materias en las que los tribunales han mantenido posiciones diferentes en supuestos sustancialmente idénticos: la casación. Este recurso y el uso de la jurisprudencia, tiene una doble virtualidad: de una parte al ser un recurso ante un tribunal único y superior se pretende la elaboración de una interpretación unitaria de la ley; de otro lado,

mediante la posibilidad de fundar ese recurso en la infracción de la jurisprudencia, como dice la LEC, se persigue que esa jurisprudencia sea seguida por todos los demás Tribunales<sup>73</sup>.

Difícilmente se conseguiría un efecto unificador de los criterios interpretativos si tales criterios fueran meramente indicativos. Tal apreciación insiste en el reconocimiento de un "condicionado efecto vinculante", dice Sala Sánchez en el Discurso de apertura de Tribunales de 1993, a los criterios de interpretación contenidas en las sentencias de casación<sup>74</sup>. Ésto no significa, continúa el Discurso de apertura, que tal efecto cualifique la jurisprudencia como fuente del derecho.

Existen diferencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales en relación al contenido del recurso de casación. Aunque es cierto que el recurso de casación no puede ofrecer el mismo perfil en cada orden (civil, penal, contencioso-administrativo y laboral), éstas diferencias han sido criticadas por Sala Sánchez en el Discurso de apertura de Tribunales de 1995, por impedir la unificación de la jurisprudencia<sup>75</sup>.

<sup>72</sup>Cfr. J.L. REQUEJO PAGES, "Juridicidad, Precedente y Jurisprudencia", citado, p. 236.

<sup>73</sup>J. DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 44.

<sup>74</sup>Cfr. *La unificación de la doctrina. tarea fundamental del Tribunal Supremo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 32.

<sup>75</sup>Véase *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, citado, pp. 31 y ss.

En el orden jurisdiccional civil el recurso de *casación por infracción de la jurisprudencia* es el instrumento de control de la actividad judicial y de unidad de la complejidad de criterios interpretativos elaborados por los órganos que integran el poder judicial. Las reformas de 1984 y de 1992 encaminan este recurso a garantizar la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico al cobrar tanta importancia como la resolución del caso concreto la doctrina fijada por el TS.

Será la parte recurrente, la que considerando que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional inferior no se adecua a alguna de las líneas jurisprudenciales del TS, motiva el recurso de casación, aportando al menos dos sentencias del TS que presenten completa o aproximada identidad entre los casos (STS Sala 1ª de 30 enero 1981).

Lo más significativo respecto al sustanciamiento del recurso por el TS, es que éste desarrolla un doble examen (STS Sala 1ª de 10 noviembre 1981). El primero se refiere a la *identidad o similitud* entre los casos aportados por el recurrente y la resolución que se recurre. Dicho examen no puede consistir en un casuismo que vaciaría de sentido la interposición del recurso, obligando al recurrente a aportar aquellas STS de las que es posible obtener "enseñanzas con validez de carácter general para todos los supuestos que, en alguna medida, guarden cierta analogía con aquel que la sentencia resuelve" (STS Sala 1ª de 30 enero 1981). El segundo es la *vigencia* de la jurisprudencia que el recurrente considera infringida. Un estudio tal, de acuerdo con la STS Sala 1ª de 23 febrero 1981, significa que carece de valor la jurisprudencia invocada por el recurrente, cuando ésta no esté en consonancia con los avances legislativos y progresos sociales. Más aún, la STS Sala 1ª de 6 marzo de 1985 establece la posibilidad de alterar el principio de unidad de jurisprudencia, que fundamenta el recurso de casación, cuando la jurisprudencia invocada por el recurrente no esté en armonía con el espíritu del resto de la normativa o al haber quedado superada o anticuada al contradecirse con criterios que posteriormente se han impuesto como resultado de la evolución del contexto social en el que la actividad judicial tiene lugar. La vigencia de la jurisprudencia, a la que se refiere el TS y que él mismo define como armonía de las líneas jurisprudenciales, responde a la doble virtud de la actividad judicial como intérprete de la norma legal y, "como creadora de reglas de derecho al darle verdadero sentido y alcance al precepto legal" (STS Sala 1ª de 23 febrero 1981).

En el orden jurisdiccional penal, el Libro V de la LECr regula lo relativo a los recursos de casación y de revisión. Solamente se establece la posibilidad de fundamentar el recurso de casación por infracción de la Ley y por quebrantamiento de forma. El art. 849 LECr prevé dos motivos en lo referente al recurso de casación por infracción de la

Ley. El primero por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter. El segundo por error en la apreciación de la prueba y el error esté basado en documentos que obren en autos (evitando así que el TS se convierta, en materia penal, en un tribunal de tercera instancia).

Aunque en este caso, la infracción de la jurisprudencia creada por la Sala de lo Penal del TS no consiga motivar el recurso de casación, nada impide su uso como modelo de interpretación de las normas penales. Es decir, que para la jurisdicción penal, la referencia a la jurisprudencia parece fundarse en su recurso como ejemplo y en la autoridad de la misma, más que en la unificación y control de la actividad judicial.

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la reforma de 1992 estableció el *recurso de casación para la unificación de la doctrina*, cuyo antecedente fue el anterior recurso de revisión por contradicción de sentencias. El nuevo recurso de casación persigue, dice Sala Sánchez en el Discurso de apertura de Tribunales de 1993, hacer efectivo el principio de unidad en la aplicación del derecho<sup>76</sup>.

Ha lugar su interposición cuando en una situación similar a otra ya resuelta por el TS, el Tribunal cuya decisión se recurre llegó a un pronunciamiento distinto. Lo significativo es que a la hora de interponer el recurso, basta mencionar una única sentencia del TS (la sentencia infringida), criterio éste más cercano al valor de los precedentes que al valor de la jurisprudencia.

A la hora de substanciar el recurso el TS tendrá la doble función de pronunciarse sobre el caso y establecer la doctrina vigente. Así, en el caso de que estime el recurso de casación para la unificación de la doctrina, el TS casará y anulará la sentencia impugnada, y modificará las declaraciones (el criterio interpretativo) contenidas en ella contenida. En el caso de que decida que no ha lugar el recurso de casación, resolverá igualmente pronunciándose conforme a derecho si no existiera una doctrina previa.

Los puntos de conexión con el sistema del precedente anglosajón consisten en la posibilidad de invocar una sola STS para fundamentar el recurso, y en la oportunidad del TS, al resolver el recurso, de rectificar y reformular su doctrina, argumentando la modificación<sup>77</sup> o la anulación de la línea de precedentes mantenida hasta el momento<sup>78</sup>. Esta divergencia de los precedentes asemeja a las técnicas del *distinguishing* o *overruling* respectivamente.

---

<sup>76</sup>Cfr. *La unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, citado, p. 32.

<sup>77</sup>Es el caso de la STS Sala 3ª de 17 de octubre 1996.

<sup>78</sup>En el caso de la STS Sala 3ª de 20 de octubre 1995.



En el orden jurisdiccional social el recurso que permite al TS conocer y controlar las resoluciones emitidas por sus inferiores es el *recurso de casación para la unificación de la doctrina*. Cabe este recurso ante la Sala de lo Social del TS cuando la parte recurrente considere que la resolución judicial recurrida se aleja de la línea jurisprudencial y de interpretación de la ley sostenida por el TS. Para fundamentar el recurso de casación el recurrente deberá aportar al TS al menos dos sentencias emitidas con anterioridad por este órgano jurisdiccional, que presenten una similitud entre ellas y la resolución recurrida en lo que se refiere a los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones de las partes (STS Sala 4ª, de 5 noviembre 1991, 21 diciembre 1992 y 24 diciembre 1992). Además, para que el recurso se considere correctamente fundamentado, se exigirá que las STS aportadas por el recurrente hayan tenido como fuente material la Sala 4ª (de lo Social) del TS. Este requisito ha sido matizado por la Sala 4ª al admitir, excepcionalmente, sentencias de la Sala de lo Civil del TS, porque, "si bien las de órdenes distintos normalmente carecen de valor referencial, circunstancias relativas a la fecha y al ordenamiento positivo que integra la jurisprudencia que contienen, les permite tener valor referencial" (STS Sala 4ª de 15 junio 1991).

Junto al requisito de identidad de las sentencias (identidad en los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones) invocadas por el recurrente, respecto de la resolución recurrida, el TS ha señalado un segundo requisito: la *finalidad unificadora de la jurisprudencia* en el conocimiento y resolución del recurso de casación por infracción de la jurisprudencia. Este segundo requisito, de un lado determina la admisibilidad del mismo, y de otro la identificación del contenido sustancial de la jurisprudencia del TS. Indica el propio TS que teniendo en cuenta la función de este recurso (la simplificación de la complejidad de los criterios interpretativos elaborados por los órganos jurisdiccionales) el recurrente deberá invocar aquella jurisprudencia del TS,

cuando ha venido a proclamar o establecer líneas generales de interpretación...,  
no cuando se limita a contemplar casos concretos<sup>79</sup>.

Evita así el TS que el recurso para la unificación de la doctrina venga desnaturalizado, en el sentido de que sea utilizado por el recurrente como una tercera instancia.

Una similitud en los supuestos de hecho de las STS que son invocadas por el recurrente, no basta para fundamentar el recurso de casación ya que el estudio de la semejanza de estas no puede verse reducido a un estudio casuístico que abandone su principal elemento: el abandono o no por parte del órgano judicial que emitió la resolución recurrida de las

---

<sup>79</sup>STS Sala 4ª de 10 mayo 1991.

líneas de jurisprudencia generales establecidas por el TS. La elaboración de estas líneas tiene lugar en el momento en que el TS conoce el recurso y estudia la similitud en los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones de al menos dos de sus sentencias.

### 7.6.3 Algunos puntos débiles de la casación

El uso de la casación y la jurisprudencia como instrumento de uniformidad queda desvirtualizado, sin embargo, por la actual situación de jurisprudencia incoherente en la cual coexisten distintas líneas jurisprudenciales contradictorias. Dos causas, fundamentalmente, explican este fenómeno. En primer lugar, el número excesivo de casos que el TS debe resolver hace difícil el control de la coherencia de la propia jurisprudencia<sup>80</sup>. En segundo lugar, el uso de la jurisprudencia está proyectado hacia el pasado (al control de adecuación de la decisión recurrida a la línea interpretativa del TS) omitiendo su orientación hacia el futuro (el compromiso, a la hora de decidir un caso, de que en una situación similar se aplicará un criterio idéntico).

El resultado de esta situación es doble: a) de un lado, la jurisprudencia queda desvirtuada como instrumento de control de la unidad de la aplicación del derecho; y b) de otro lado, la jurisprudencia se usa, no tanto como guía de la interpretación jurídica, cuanto como un instrumento que permite plantear el (último) recurso<sup>81</sup>.

La reforma de la casación parece necesaria si se quiere que ésta cumpla sus funciones de interpretación del derecho y control de la unidad de la aplicación del derecho<sup>82</sup>. Una reforma tal deberá contener al menos las siguientes dos líneas. En primer lugar, el TS podrá desarrollar sus funciones de uniformidad de la aplicación si se reduce el número de recursos que conoce. En este sentido, de las formas de casación española mencionadas, la modalidad "para la unificación de la doctrina" (en el orden contencioso-administrativo y social) parece adoptar esta línea de reforma ya que es posible desestimar el recurso cuando se aprecie "falta de contenido casacional" —existente sólo en el proceso laboral—, o porque el motivo de interposición sea la infracción de una línea jurisprudencial más que la infracción de casos concretos.

La segunda línea de reforma de la casación, debe partir de la idea según la cual de jurisprudencia incoherente, sostiene Taruffo, es un problema cuya solución corresponde

<sup>80</sup>Cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, citado, p. 103.

<sup>81</sup>*Ibidem*, p. 103. La casación, y este es el peligro a evitar, aparece como una tercera instancia, más que como lo que es: un recurso especial.

<sup>82</sup>*Ibidem*, pp. 172-173.

al tribunal de la decisión posterior<sup>83</sup>. Es decir, corresponde al TS en la solución de los recursos de casación la identificación de la línea interpretativa vigente, así como la explícita modificación o abandono de otras líneas en contradicción con la establecida. La solución de tal problema, que incide en la uniformidad de la jurisprudencia, vienen de la mano de la incorporación a la casación de una técnica de declaración de la línea jurisprudencial relevante, así como de modificación y abandono (una especie de *distinguishing* y *overruling*). Así, a la hora de resolver un recurso de casación, el TS debe resolver el caso particular, y además identificar la jurisprudencia vigente, confirmando la aportada por la parte recurrente o bien separándose de ésta y enunciando, en su caso, la que a partir de esa decisión tendrá el valor de jurisprudencia vigente.

Para ello sería necesario un modelo de casación que no sólo estuviera fundamentado en la uniformidad de la aplicación del derecho, sino también, y principalmente, en el principio de justicia formal (mismo tratamiento a situaciones semejantes). Este principio, que no debe equipararse a la reiteración de un criterio, carece de sentido y operatividad si no está acompañado del principio de inercia. De esta manera, la jurisprudencia adquiere relevancia no sólo en el control de la uniformidad, sino también en la argumentación jurídica y en la racionalidad de la decisión. A este *nuevo* aspecto de la jurisprudencia dedicaré el siguiente apartado.

## 7.7 El valor de la jurisprudencia

Que el valor de las decisiones judiciales precedentes pueda ser analizado no desde el punto de vista de su tratamiento jurídico, sino desde el punto de vista del razonamiento jurídico, dan buena cuenta Xiol Ríos en un magnífico trabajo titulado "El precedente judicial en nuestro derecho"<sup>84</sup> y Gascón Abellán en su libro *La técnica del precedentes y la argumentación racional*<sup>85</sup>. Esencialmente, ambos desarrollan un modelo que hace del principio de justicia formal el fundamento para un uso argumentativo de las decisiones judiciales.

En concreto, Xiol Ríos ha reconstruido la doctrina del precedente elaborada por el TC y fundamentada en el art. 14 Ce, en el principio de igualdad. Jueces y tribunales deben, en su razonamiento jurídico, seguir sus propios precedentes cuando la situación que se esté

<sup>83</sup>Cfr. M. TARUFFO, "Dimensioni del precedente giudiziario", citado, p. 425.

<sup>84</sup>Véase J.A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", citado, pp. 25-40.

<sup>85</sup>M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, citado.

conociendo sea similar a otra ya vista (casos iguales requieren un tratamiento similar). El principio de igualdad (en la aplicación de la ley) significa, así lo entiende el TC, que el cambio de criterio debe ser motivado. En caso de que no exista esta motivación cabe el recurso de amparo ante el TC<sup>86</sup> y la posible anulación de la decisión infractora.

Precisamente lo *original*<sup>87</sup> de la posición del TC es el fundamento del valor vinculante de las decisiones precedentes: mientras que en otros países la vinculación a los precedentes se justifica en el principio de tutela jurisdiccional y el carácter arbitrario de las decisiones que no justifiquen el cambio de criterio (el equivalente al art. 24 Ce), el TC ha optado por el principio de igualdad que lo ha extendido a la aplicación de la ley. En palabras de Gascón Abellán, la igualdad en la aplicación de la ley, según la doctrina del TC,

se traduce en la *prohibición de modificar arbitrariamente* los criterios en la resolución de casos sustancialmente idénticos, aún cuando ninguno de los criterios resulte en sí mismo discriminatorio, y cuyo enjuiciamiento supone en todo caso la referencia a una decisión anterior (precedente)<sup>88</sup>.

Fundar el precedente en la igualdad en la aplicación de la ley, en la prohibición de la modificación arbitraria del criterio interpretativo, es lo que condiciona el carácter vinculante de las decisiones judiciales en el razonamiento judicial. Según Xiol Ríos,

proclamar, como lo hace el Tribunal, la infracción del principio de igualdad por divergencia no motivada con respecto al precedente supone reconocer la existencia de un criterio de equiparación entre la decisión judicial y el precedente derivado de la necesidad jurídica del que los órganos judiciales tengan en cuenta los precedentes para seguirlos o separarse motivadamente de ellos, como consecuencia del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad: supone consagrar el *valor vinculante del precedente*<sup>89</sup>.

Esta doctrina del precedente elaborada por el TC a partir del principio de igualdad sirve también para las decisiones de todos los jueces y tribunales, incluido, evidentemente, el Tribunal Supremo. Más aún,

---

<sup>86</sup>El recurso de amparo para casos de no motivación del cambio de criterio estaría fundado en el art. 14 Ce (igualdad).

<sup>87</sup>Cfr. J.A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro derecho", citado, p. 26.

<sup>88</sup>M. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, citado, p. 65. El énfasis es mío.

<sup>89</sup>J. A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional", citado, p. 26-26. El énfasis es mío.

la doctrina del precedente permite observar la función de la jurisprudencia con un criterio muy diferente al habitual, que si, por una parte, potencia la labor del Tribunal de Casación poniendo de relieve aspectos no subrayados hasta el presente, o francamente ignorados, por otra permite reducir su valor a sus justos límites<sup>90</sup>.

### 7.7.1 El fundamento de la “nueva”jurisprudencia

Desde el punto de vista de la teoría del derecho se presta más atención la fundamento de los precedentes judiciales que al fundamento de la jurisprudencia:

Ocuparse del precedente en lugar que de la jurisprudencia, dice Taruffo, implica la asunción de una perspectiva más analítica, interesada en profundizar los mecanismos gracias a los cuales la decisión de un caso influye en la decisión de un caso sucesivo, y en indagar las razones y las justificaciones<sup>91</sup>.

La doctrina del precedente elaborada por el TC profundiza, ciertamente, en la técnica de seguimiento, modificación y abandono de los precedentes judiciales en el marco de la argumentación jurídica. Esta perspectiva, si se quiere más analítica, puede servir de modelo a la hora de abordar el fundamento y uso de la jurisprudencia. El pilar básico para una teoría de la jurisprudencia, indica Díez-Picazo, es el principio de igualdad, el que casos iguales tengan un tratamiento similar<sup>92</sup>.

Al hilo de lo anterior, a continuación analizaré hasta qué punto el fundamento de la jurisprudencia y la función de la casación (uniformidad y control de la aplicación del derecho) se pueden ver alterado y mejorado si ambas se analizan desde el punto de la teoría del precedente propuesta en el capítulo 6 (vinculación racional de los precedentes)<sup>93</sup>. La tesis que sostendré será la fundamentación de la jurisprudencia no sólo en la unidad sino

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>91</sup> M. TARUFFO, “Dimensioni del precedente giudiziario”, citado, p. 412.

<sup>92</sup> Cfr. L. Díez-Picazo, “La jurisprudencia”, citado, p. 278.

<sup>93</sup> En otras palabras, estudiaré el acercamiento de dos formas de entender la relevancia y fundamento de las decisiones precedentes, y en concreto de la jurisprudencia. De un lado, la unidad del derecho interpretado ha fundamentado un uso vinculante de la jurisprudencia como instrumento de control de la actividad judicial mediante la casación. De otro lado, la doctrina del precedente ha encontrado su fundamento en el principio de igualdad en la aplicación del derecho, según el cual los jueces y tribunales están vinculados a sus precedentes en un doble sentido: están obligados a seguir sus decisiones anteriores puesto que casos iguales deben recibir un tratamiento similar, y deben motivar la modificación o abandono de estos criterios.

también en la igualdad de la aplicación del derecho, es decir, una tesis sobre el (necesario) acercamiento de la jurisprudencia a la teoría del precedente<sup>94</sup>.

Como ya he dicho en el capítulo anterior, la relevancia de las decisiones judiciales precedentes debe fundamentarse (entre otros) en el principio de igualdad. Así, jueces y tribunales deben tener en cuenta los precedentes para satisfacer el requisito mínimo de racionalidad: que casos iguales tengan un tratamiento similar. Ahora bien, no sería tampoco racional el seguimiento de precedentes erróneos. Por ello, el principio de inercia, el complemento del principio de igualdad<sup>95</sup>, permite el cambio justificado o motivado de criterio. Tomar en cuenta el precedente incluso para modificarlo o abandonarlo es exigir más razones en la argumentación jurídica. En definitiva, la justificación de los precedentes por vía del principio de igualdad incide en la racionalidad de la argumentación jurídica.

Este uso de los precedentes que he denominado *argumentativo*, también se puede predicar de la jurisprudencia del TS. Para ello, es decir, para que la jurisprudencia del TS sea utilizada como un argumento de igualdad en la aplicación del derecho (seguir los precedentes o motivar el cambio), sin por ello perder su cualidad como instrumento de unificación del derecho interpretado, se debe *relativizar la idea de reiteración*<sup>96</sup>. La razón es sencilla. El principio de igualdad indica que tener en cuenta los precedentes no es reiterar la jurisprudencia. Esto es así por dos razones: en primer lugar, porque ésta reiteración desemboca en citas a sentencias anteriores sin entrar a valorar el contenido; en segundo lugar, porque seguir los precedentes no consiste sólo en reiterar la jurisprudencia, sino en apartarse, motivadamente, de ella.

Así, una jurisprudencia que junto a la jerarquía funcional y la unidad esté fundada en la igualdad formal y en el principio de inercia permitiría:

- De un lado, que los jueces y tribunales inferiores sigan el precedente del TS cuando entiendan que la situación que se está conociendo es similar a la ya resuelta por el TS. Se trata de seguir el criterio del TS puesto que así se garantiza la unidad de la interpretación.

---

<sup>94</sup>Los Discursos de apertura de Tribunales de 1993 y 1995 inciden en la vinculación relativa de la jurisprudencia, basada en la aplicación igualitaria del derecho, en la vinculación de la jurisprudencia y en la obligación de justificar el cambio de criterio (véase *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, citado, pp. 21-22, y *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, citado, p. 25).

<sup>95</sup>Cfr. CH. PERELMAN, L. OLBRECHT-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, citado, p. 288.

<sup>96</sup>J.A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro derecho", citado, p. 35.

- De otro lado, que los jueces y tribunales inferiores tuvieran en cuenta el precedente del TS también en el caso de que decidan apartarse de él, debiendo en este caso justificar el cambio.

Se sigue garantizando la uniformidad de la jurisprudencia que ya no se entiende como reiteración de las decisiones, sino como el seguimiento justificado: la jurisprudencia del TS se tiene en cuenta tanto para seguirla como para separarse de ella. Ha cambiado su fundamento de su relevancia, que no es tanto la atribución de valor vinculante, cuanto la obligación de motivar la decisión (motivar el seguimiento y fundamentalmente el cambio)<sup>97</sup>.

### 7.7.2 El “nuevo” fundamento de la casación

La simbiosis entre la jurisprudencia y la doctrina del precedentes tiene además consecuencias para el contenido y fundamento de la casación. La mejor forma de presentarlas es en con un ejemplo: la casación de una decisión de un tribunal inferior que no siga, aunque motivadamente, la jurisprudencia del TS.

Si el TS se adhiere a un modelo de casación fundado exclusivamente en los principios de unidad y jerarquía, las decisiones que no sigan su jurisprudencia se casarán siempre que exista una identidad entre el caso recurrido y la jurisprudencia haya resultado infringida. De nada sirve, por lo tanto, que el no seguimiento esté (bien) justificado. La reiteración, de nuevo, es la expresión de la vinculación a la jurisprudencia.

Sin embargo, si el TS se adhiriera a un modelo que junto a la unidad y jerarquía se fundara en el principio de justicia formal e inercia, las decisiones que no sigan sus precedentes resultarían casadas siempre y cuando se entienda que la motivación aportada por el tribunal inferior (cuya sentencia se recurre) no justifica el cambio. El análisis, en este caso, no es tanto de la reiteración de la jurisprudencia como de la racionalidad de la motivación de la decisión recurrida, el cumplimiento del principio de igualdad en la aplicación del derecho. Así, si el TS conoce en casación una decisión que se aparta de su jurisprudencia pero lo hace motivadamente y el mismo TS encuentra el nuevo criterio más adecuado, no tendrá que anular la decisión recurrida, sino fundamentar más detalladamente el cambio de criterio<sup>98</sup>.

Este “nueva” jurisprudencia y casación que junto a la unidad y la jerarquía extiende

<sup>97</sup>Cfr. J.L. REQUEJO PAGES, “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, citado, p. 233.

<sup>98</sup>*Ibidem*, p. 238. En el mismo sentido, véase A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp.73 y ss.

su fundamento a la igualdad en la aplicación del derecho, favorecería un cambio tanto en el razonamiento del TS como en el uso de sus precedentes. En primer lugar, está claro que el TS seguiría sus decisiones cuando se encuentre ante situaciones semejantes; pero además, en el caso de que decida separarse de sus precedentes, lo tendrá que hacer de una manera razonada. Así, el principio de inercia (parte indivisible del principio de justicia formal) exige del TS un razonamiento más complejo que la simple declaración de “no vigencia” de la jurisprudencia<sup>99</sup>.

Además, la vinculación del TS a su propia jurisprudencia según el principio de igualdad en la aplicación de la ley permitiría el desarrollo y perfeccionamiento de técnicas como *distinguishing* o separación de precedentes y *overruling* o anulación de precedentes. Tales técnicas sí sirven a la unidad de la jurisprudencia en tanto que obligarían al TS a declarar qué criterios son vinculantes y qué otros están anulados o sirven sólo en casos concretos<sup>100</sup>.

### 7.7.3 La función de la “nueva” casación

El acercamiento de la jurisprudencia a lo que se ha calificado como teoría del precedente, lejos de desvirtuar la naturaleza de esta institución, permite su desarrollo de una forma más racional que la que hasta ahora viene siendo la habitual. En un modelo de casación más “tradicional”, basado en la jerarquía y la unidad, el control de la unidad de la interpretación se reduce a la reiteración de las decisiones judiciales del TS. Esta reiteración, que sanciona la separación de los criterios con la casación, no puede entenderse como un seguimiento racional. En el modelo más racional, si se quiere, de casación, es decir, en aquel que también se funde en la igualdad formal y en la inercia, la casación desarrolla un doble control:

- De un lado, se controla la racionalidad de la argumentación, es decir, si la separación del criterio, la infracción de la jurisprudencia está motivada o no<sup>101</sup>.

<sup>99</sup>Recordaré que en el sustanciamiento del recurso de casación el TS examinaba dos requisitos: uno la identidad o similitud entre la jurisprudencia y el caso recurrido; y otro la vigencia de la jurisprudencia careciendo de valor la jurisprudencia invocada cuando no esté en consonancia con los avances legislativos y progresos sociales.

<sup>100</sup>El TS no controla la unidad de su jurisprudencia, o mejor, debe conocer un elevado número de casos anualmente, y carece de una técnica que resuma y unifique sus criterios interpretativos. De hecho, cuando se presenta el recurso de casación son las partes las que citan la jurisprudencia, dos o más sentencias, llegando a casos en los que se pueden citar tanto decisiones a favor como en contra de la sustanciación del recurso.

<sup>101</sup>El control se dirige a la motivación de la decisión. En este sentido, la función de la casación es la búsqueda de la interpretación más justa (cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, citado, p. 135), o bien



- De otro lado, la unidad de la jurisprudencia, entendida ésta no como reiteración sino como seguimiento racional (lo que también incluye la separación racionada) de la jurisprudencia<sup>102</sup>.

De esta nueva función de la casación surge una idea valiosísima para el desarrollo del razonamiento jurídico racional:

la posibilidad de que los órganos inferiores actúen de motores de la jurisprudencia propiciando su evolución a través de la aportación de nuevos elementos valorativos, sin temor a ser acusados de incumplimiento de un deber de acatamiento de las decisiones del Tribunal Supremo, basado, en realidad, únicamente en el principio jerárquico<sup>103</sup>.

---

más racional.

<sup>102</sup>Más que completar la unidad con la variación justificada (cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, citado, p. 93), se trata de conseguir esta unidad mediante un seguimiento racional que permita la separación motivada. El desarrollo de las técnicas de separación y anulación que faciliten la identificación de los criterios interpretativos válidos y vinculantes para los jueces y tribunales inferiores, además de a esta unidad, sirve a la evolución del derecho y a la prevención de su anquilosamiento (*ibidem*).

<sup>103</sup>J.A. XIOL RÍOS, "El precedente judicial en nuestro derecho", citado, p. 33.

1900

1901

1902

1903

1904

1905

1906

1907

1908

1909

1910

1911

1912

1913

1914

1915

1916

1917

1918

1919

1920

1921

1922

1923

1924

1925

1926

1927

1928

1929

1930

1931

## Capítulo 8

# El precedente judicial en el sistema jurídico alemán

### Introducción

En el sistema jurídico alemán el término precedente (*Präjudizien*) hace referencia a cualquier decisión judicial anterior que puede ser relevante para el caso presente. Su uso supone cierta vinculación pero aún no se ha establecido algo definitivo sobre la naturaleza o la fuerza de la misma. Este capítulo pretende reflejar la discusión que al respecto se ha mantenido en el sistema jurídico alemán. Para ello distinguiré entre el ámbito legislativo, el teórico y finalmente el judicial. En primer lugar, sostendré que el tratamiento jurídico que reciben los precedentes no llega a explicar claramente ni su fundamento ni su uso en el razonamiento jurídico. En segundo lugar, propondré un cambio de perspectiva que consiste básicamente en abrazar una discusión teórica a propósito del fundamento y uso de los precedentes. En este sentido distinguiré dos análisis: uno centrado en la vinculación jurídica, es decir, el carácter fonticio de los precedentes, y otro en su vinculación metodológica, es decir, en su uso en el razonamiento jurídico. Por último, el análisis de la jurisprudencia alemana respecto al valor concedido a sus propios precedentes revelará una evolución de su uso desde posiciones interpretativas (los precedentes como criterios interpretativos) hacia posiciones argumentativas (los precedentes como mandatos de justificación) sostenidas en el capítulo 6.

## 8.1 Las líneas de la organización judicial alemana

El Título IX de la Ley Fundamental alemana (GG) regula el Régimen del Poder Judicial que está atribuido exclusivamente a los jueces (art. 92 GG). Por materias habría que distinguir entre la jurisdicción constitucional y la no constitucional, ésta última, además, está dividida en la jurisdicción ordinaria (que aglutina la jurisdicción civil y penal), administrativa, financiera, laboral y social. Por organización territorial habría que distinguir tres niveles: órganos de *primera instancia* con competencia municipal; órganos de *segunda instancia o apelación (Berufung)* con competencia en todo el territorio del *Land*; y órganos de *casación (Revision)* con competencia en todo el Estado Federal.

### 8.1.1 La jurisdicción constitucional

El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* o BVerfG) es simultáneamente un órgano constitucional (con la misma autonomía e independencia que el resto de órganos constitucionales) y un órgano judicial al que se le atribuye la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental<sup>1</sup>.

El BVerfG está dividido en dos Salas. La Sala 1ª conoce de los asuntos planteados en materia de derechos fundamentales y la Sala 2ª decide sobre el resto de asuntos atribuidos por la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* o BVerfGG). El Pleno del BVerfG se reúne sólo cuando una de las Salas pretende separarse del precedente que la otra haya establecido.

### 8.1.2 La jurisdicción no constitucional

La Ley Fundamental (art. 95 I) prevé la creación de cinco órdenes jurisdiccionales no constitucionales: la jurisdicción ordinaria, la administrativa, la financiera, la laboral y la jurisdicción social. A cada una de estas jurisdicciones se adscriben la pluralidad de órganos judiciales tanto federales como de los *Länder* que están ordenados en torno a un modelo común: los tribunales de primera instancia y los de segunda instancia o de

---

<sup>1</sup>La genérica competencia del BVerfG en la aplicación e interpretación de la Ley Fundamental se concreta básicamente en tres ámbitos competenciales: *los asuntos relativos al funcionamiento de los poderes públicos* (conflictos entre la Federación y los *Länder* o de los *Länder* entre sí, asuntos entre los órganos constitucionales de la Federación, cuestiones sobre actuaciones políticas y, por último, conflictos relativos a las consultas electorales); *el control de la constitucionalidad de las leyes*; y *los recursos de particulares contra leyes, actos administrativos o decisiones judiciales por la violación de los derechos fundamentales*.

apelación son órganos con competencia en el *Land*, mientras que la instancia de revisión (o casación) corresponde a los Tribunales Federales con competencia en todo el territorio alemán. A estos dedicaré una especial mención por constituir sus decisiones precedentes el objeto de esta investigación.

**La jurisdicción ordinaria** Reúne competencias en materia civil y penal que son ejercidas por cuatro órganos judiciales:

- Tribunales Municipales o *Amtsgerichte*, son los tribunales de primera instancia.
- Tribunales Regionales o *Landgerichte*, son órganos de primera instancia (en aquellas materias no asignadas a los Tribunales Municipales) y de segunda instancia en los recursos de apelación contra las decisiones de los Tribunales Municipales<sup>2</sup>.
- Tribunales Regionales Superiores o *Oberlandesgerichte*. En materia civil estos Tribunales son exclusivamente de apelación. En materia penal es un órgano de primera instancia (conocen excepcionalmente los delitos contra la seguridad del Estado) y de segunda instancia o apelación contra las decisiones de los Tribunales Regionales.
- Tribunal Federal o *Bundesgerichtshof* (BGH) tiene sede en Karlsruhe. Está formado por Salas de lo Civil y de lo Penal, cada una de ellas compuesta por cinco magistrados. Su competencia se limita exclusivamente a la revisión de las decisiones dictadas en apelación por los Tribunales Regionales Superiores (tanto en materia civil como penal) o por los Tribunales Regionales (sólo en materia penal y en aquellos asuntos para los que el Tribunal Regional Superior no sea competente en apelación).

El recurso de revisión en materia civil sólo se aceptará a trámite cuando la cuantía en litigio supere los 4000 DM. Los motivos en los que se fundarán están establecidos por el §546 ZPO (Ley de Procedimiento Civil alemana): cuando el asunto tenga un significado principalista (*Grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache*) o cuando la decisión que se recurre se aparte de una decisión del BGH (*Abweichung einer Entscheidung des BGH*). En este último supuesto, la divergencia se debe encontrar en la fundamentación de la decisión y no en el fallo.

El BGH controla además la unidad de la jurisprudencia establecida por sus distintas Salas, tanto civiles como penales, mediante el proceso de divergencia (*Divergenzprozess*). Una Gran Sala de asuntos civiles (*Grosser Senat für Zivilsachen*) y otra Gran

---

<sup>2</sup>También a nivel del *Land* se encuentran el Tribunal de Jurado o *Schwurgericht*, formado por tres jueces profesionales y dos no profesionales. Su competencia se limita esencialmente a los delitos de homicidio voluntario (asesinato, homicidio, infanticidio, etc.).

Sala de asuntos penales (*Grosser Senat für Strafsachen*) formada por el presidente del BGH y ocho jueces federales resuelven casos en los que una Sala se separe de los criterios interpretativos o jurisprudencia establecida por otra Sala del mismo orden (civil o penal). Para garantizar la unidad de la jurisprudencia entre las Salas de lo Civil y de lo Penal, se prevé la creación de la Gran Sala Conjunta (*Vereinigte Grosse Senat*) compuesta por el presidente del BGH y los miembros de la Gran Sala de asuntos civiles y Gran Sala de asuntos penales. Esta Sala Conjunta conoce los asuntos en las que una Sala de lo civil, por ejemplo, se separe de los criterios interpretativos establecidos por otra Sala de lo penal o viceversa.

**La jurisdicción administrativa** Regulada por la VwGO (*Verwaltungsgerichtsordnung*), está organizada como sigue:

- Tribunales Administrativos o *Verwaltungsgerichte*, son los órganos de primera instancia<sup>3</sup>. Conocen y resuelven, en primera instancia, todos los asuntos administrativos.
- Tribunales Administrativos Superiores o *Oberverwaltungsgerichte*<sup>4</sup>. Es la instancia de apelación de todos los asuntos administrativos resueltos por los Tribunales Administrativos.
- Tribunal Administrativo Federal o *Bundesverwaltungsgericht*, (BVerwG) en Berlín. Es el órgano supremo dentro de la jurisdicción administrativa. Está compuesta exclusivamente por jueces profesionales. Es el órgano de revisión de esta jurisdicción.

La ley atribuye también al Tribunal Administrativo Federal cierta competencia en la unidad de la jurisprudencia. La Gran Sala (*Grosser Senat*), formada por el presidente del Tribunal y seis jueces federales, conoce aquellos casos en los que una de las Salas del Tribunal Administrativo Federal se separa de los criterios interpretativos establecidos por otra de las Salas del mismo Tribunal.

**La jurisdicción tributaria** Tiene competencia en materia relacionada con el sistema impositivo alemán. Según la FGO (*Finanzgerichtsordnung*) la jurisdicción tributaria está formada por sólo dos instancias:

<sup>3</sup>Están divididos en Salas compuestas por tres jueces profesionales y dos legos.

<sup>4</sup>Las Salas en las que se dividen estarán formadas al menos, por tres jueces profesionales, dejando a la discreción del *Land*, si los otros dos jueces deben ser también profesionales o legos.

- Tribunales de Finanzas o *Finanzgerichte*<sup>5</sup> que conocen en primera instancia los asuntos relativos al sistema impositivo que le han sido atribuidos.
- Tribunal de Finanzas Federal o *Bundesfinanzhof* (BFH), con sede en Múnich. Está formado por Salas compuestas por cinco jueces profesionales. Su competencia en casación se limita a aquellos casos cuyo monto ascienda a 1000 DM. El recurso puede fundarse en los siguientes motivos: el asunto tiene una importancia fundamental, el tribunal en primera instancia se ha separado de la jurisprudencia del BFH, o por último, el procedimiento está viciado.

**La jurisdicción laboral** Regulada por la *Arbeitsgerichtsgesetz* (AGG), ésta jurisdicción conoce, en términos generales, de los asuntos de huelga y de relaciones laborales. Está organizada a tres niveles:

- Tribunales Laborales o *Arbeitsgerichte* son los órganos de primera instancia<sup>6</sup>.
- Tribunales Laborales Superiores o *Landesarbeitsgerichte* (LAG) tienen competencia en todo el *Land* y son los órganos de apelación o la segunda instancia<sup>7</sup>.
- El Tribunal Laboral Federal o *Bundesarbeitsgericht* (BAG) con sede en Kassel, está dividido en Salas cada una de ellas formada por cinco jueces, dos de ellos no son profesionales. Es destacable que tanto en el BAG como en el Tribunal Federal de la jurisdicción social las salas estén formadas por jueces no profesionales.

El BAG conoce en revisión los asuntos cuya cuantía ascienda a 6000 DM, las decisiones en las que el mismo LAG haya recomendado la casación o por último, los asuntos en los que el Tribunal de segunda instancia se haya separado de la jurisprudencia del BAG.

**La jurisdicción social** Regulada por la *Sozialgerichtsgesetz* (SGG) tiene competencia en materia de seguridad social y asistencia social. Está organizada en tres instancias y en

<sup>5</sup>Sus Salas están compuestas por cinco magistrados de los cuales dos son no profesionales.

<sup>6</sup>Están formadas por Salas, cada una de ellas compuesta por cinco jueces, dos de ellos no profesionales que representan respectivamente a los empleadores y a los empleados. Estos dos jueces son elegidos por el ministro del trabajo de cada *Land* a partir de las listas propuestas por los sindicatos y organizaciones empresariales.

<sup>7</sup>Su composición sigue el mismo modelo mencionado para los Tribunales Laborales (cinco magistrados, dos de ellos no profesionales).

todos ellas hay una presencia de jueces no profesionales<sup>8</sup>:

- Tribunales Sociales o *Sozialgerichte*, son los órganos de primera instancia.
- Tribunales Sociales Superiores o *Landessozialgerichte* (LSG), como órganos de segunda instancia o apelación.
- El Tribunal Social Federal o *Bundessozialgericht* (BSG) con sede en Kassel. Tiene la misma composición que un LSG y es el órgano de casación.

Todos los Tribunales Federales de los distintas jurisdicciones deciden sólo en casación sobre cuestiones de derecho, concretamente sobre cuestiones de derecho federal. La gran mayoría de los órganos judiciales son pluripersonales<sup>9</sup> y deciden por mayoría si bien, los votos particulares sólo son posibles en el ámbito del BVerfG. La relevancia de las decisiones de los Tribunales Federales radica en los principios de unidad y evolución del derecho a los que se refiere el mismo texto constitucional (art. 95.3 GG).

## 8.2 El estilo y publicación de las decisiones judiciales

En el siguiente apartado describiré dos elementos imprescindibles para iniciar el análisis del uso y de fundamento de los precedentes en el razonamiento jurídico. Me refiero al estilo y a la publicación de las decisiones judiciales.

### 8.2.1 El estilo de las decisiones y la obligación de motivar

El §313 ZPO regula la forma de las decisiones judiciales que deben recoger los siguientes apartados:

- *Kopf* identifica las partes del litigio, sus representantes jurídicos, el tribunal, los nombres de los jueces y la fecha de la decisión.
- *Urteilsformel* contiene la descripción del derecho que se discute en el procedimiento y sobre el cual decidirá el órgano judicial.

---

<sup>8</sup>Éstos representan a los trabajadores en los casos de seguridad social, medicamentos y enfermedades y de las víctimas de la guerra y organismos de asistencia.

<sup>9</sup>Hay que destacar la presencia de magistrados no profesionales en los Tribunales Federales de la jurisdicción laboral y social.



- El apartado denominado *Tatbestand* recoge la demanda, el derecho en el que se fundamenta la demanda, los medios de defensa, los asuntos admitidos a litigio y el resumen de la historia procesal del asunto. En este apartado se establecen también los hechos probados según las normas procesales.
- *Entscheidungsgründe* que reúne los considerandos jurídicos o los motivos de derecho que fundamentan la decisión.

El contenido sustancial de una decisión judicial se podrá encontrar, según el mencionado §313 ZPO, en los apartados *Tatbestand* y *Entscheidungsgründe*, es decir en la identificación de los hechos y el derecho del caso concreto y en la fundamentación de la decisión. Estos apartados responden claramente al esquema del silogismo jurídico, de manera que la obligación de fundamentación de las decisiones judiciales se traduce en un ejercicio de subsunción de los hechos del caso concreto en la norma jurídica ya identificada. El mandato de fundamentación del §313 ZPO se puede resumir, por lo tanto, en una *obligación de justificar deductivamente las decisiones judiciales*.

Por eso, un mandato de fundamentación entendido como un mandato de argumentación, de justificación mediante argumentos, no tiene cabida en el §313 ZPO que establece sólo la obligación de resumir las consideraciones del órgano judicial sobre los hechos y los motivos jurídicos<sup>10</sup>, es decir, la obligación de justificar deductivamente la decisión.

El dominio del estilo deductivo, legislativo y magistral en el razonamiento judicial alemán, sin embargo, no ha sido visto como un obstáculo para que algunos órganos judiciales, especialmente el BVerfG y los Tribunales Federales, abracen un estilo más argumentativo y discursivo, aunque sin llegar a abandonar un método lógico-deductivo<sup>11</sup>.

## 8.2.2 La publicación de las decisiones judiciales

En Alemania existen periódicos oficiales que recogen y publican las decisiones de la Corte Constitucional. Las decisiones de los Tribunales Federales cuentan también con series

<sup>10</sup>Cfr. P. GOTTWALD, "Richterliche Entscheidung und rational Argumentation", en *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 98, 1985, p. 128.

<sup>11</sup>La complejidad del caso o la claridad de la norma aplicable son algunos de los criterios que permiten una mayor presencia del estilo argumentativo y discursivo. En la decisión del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 82, 30 (38ff) la Corte Constitucional alemana considera su actividad interpretativa como discursiva y argumentativa: "La interpretación, especialmente la del derecho constitucional, tiene el carácter de un discurso en el que, incluso un trabajo metodológicamente perfecto no presenta ninguna respuesta absolutamente correcta. Se aportan razones y contra razones y finalmente se adopta una decisión basada en la mejor razón".

oficiales de publicación. Sin embargo, el uso más extendido es el de las series no oficiales como *Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs*. También las revistas académicas NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*) o JZ (*Juristenzeitung*) juegan un importante papel en el conocimiento de las decisiones judiciales, especialmente por su amplia divulgación en el mundo académico y profesional. Por último y dependiendo de la relevancia social o política de la decisión, algunas llegan a ser publicadas incluso en periódicos ordinarios<sup>12</sup>.

En las colecciones oficiales y semioficiales de jurisprudencia alemana sólo se publica la decisión del órgano judicial. En las revistas académicas, sin embargo, y dependiendo de la importancia de la decisión, ésta se publica junto a un comentario de juristas o académicos. Por último, en el caso de las decisiones de los órganos judiciales superiores, la decisión se publica encabezada por el *Tenor* que resume el criterio elaborado por los jueces en la solución del caso concreto<sup>13</sup>.

## 8.3 Tratamiento jurídico de las decisiones judiciales precedentes

### 8.3.1 Decisiones precedentes y precedentes judiciales

El derecho alemán sólo conoce un caso en que la regulación de la vinculación de las decisiones judiciales es clara: el §30 II BVerfGG. El grado de vinculación de las demás decisiones, o está regulado a través de procedimientos que garantizan la unidad y la coherencia de la jurisprudencia (la revisión y el procedimiento de divergencia), o bien carecen de tratamiento jurídico alguno.

El presente apartado tiene por objeto la regulación de las que he denominado *decisiones reguladas*: las del BVerfG y los Tribunales Superiores tanto federales como a nivel de *Land*<sup>14</sup>. El enfoque utilizado lo he bautizado de *dogmático*, refiriéndome así a la perspectiva según la cual el fundamento del valor y uso de las decisiones judiciales se encuentra en su *valor jurídico*, es decir, en la concreta medida de efectos jurídicos atribuida por el

<sup>12</sup>A los anteriores instrumentos de publicación de las decisiones judiciales, especialmente las emitidas por los órganos judiciales superiores, hay que sumar la reciente creación de una base de datos, *Juris*, que compila decisiones judiciales desde el año 1950 de todas las instancias judiciales.

<sup>13</sup>La importancia del *Tenor* para el uso de las decisiones precedentes es evidente. Con él se pretende resumir la norma o criterio interpretativo elaborado por el tribunal para el caso concreto pero que se podrá extrapolar y aplicar para casos semejantes.

<sup>14</sup>Se trata de decisiones reguladas directamente (las del BVerfG) o indirectamente (las de los Tribunales Superiores federales y a nivel de *Land*).

ordenamiento.

Quiero distinguir este grupo, las decisiones reguladas, de aquellas decisiones judiciales a las que el derecho alemán no ha atribuido fuerza vinculante pero que son relevantes para la solución de casos futuros. La doctrina alemana las denomina *precedentes* (*Präjudizien*)<sup>15</sup>. Estas serán objeto de estudio más adelante, cuando me refiera al *enfoque teórico* de los precedentes según el cual el fundamento del valor y uso de los mismos está en su contenido, en la mayor o menor relevancia para la práctica judicial (véase el apartado 8.5).

El criterio utilizado en la distinción *decisiones reguladas* y *precedentes* no es tanto el tipo de decisiones que pertenecen a una u otra categoría, cuanto la perspectiva adoptada para establecer el fundamento de su valor y su uso en el razonamiento jurídico. Por este motivo, tanto las decisiones de la Corte Constitucional alemana como las de los Tribunales Superiores federales y del BGH en particular, serán objeto de un doble análisis: el dogmático centrado en la regulación jurídica que reciben y el teórico centrado en su contenido y relevancia práctica. La finalidad de esta tarea es valorar la idoneidad de considerar la regulación jurídica como fundamento del uso de las decisiones precedentes.

### 8.3.2 Las decisiones del BVerfG

**La regulación del §31 BVerfGG** El §31 II BVerfGG atribuye fuerza de ley (*Gesetzeskraft*) a las decisiones del BVerfG que declaran la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas. De otro lado, el §31 I BVerfGG establece que todas las decisiones de la Corte Constitucional tienen valor vinculante (*Bindungswirkung*) para los órganos constitucionales (tanto del Estado Federal como de los *Länder*) al igual que a todos los órganos judiciales y demás autoridades. Los efectos jurídicos atribuidos a las decisiones del BVerfG es el único caso, en el derecho alemán, de vinculación estricta.

La fuerza de ley del §31 II BVerfGG significa que las “decisiones judiciales del Tribunal Constitucional Federal tienen el mismo valor que una ley y que por tanto deben ser tratadas como tales”<sup>16</sup>. Tal tratamiento de ley significa, de un lado que las decisiones a las que se refiere el §31 II BVerfGG tienen efectos *erga omnes*, y de otro lado que su no observación es motivo de control de la decisión (legislativa, ejecutiva o judicial) mediante el recurso correspondiente. La fuerza de ley alcanza sólo al *Tenor* de la decisión y no a la

<sup>15</sup>A este punto creo necesaria una aclaración sobre la traducción de dos términos alemanes: *Vorentscheidung* y *Präjudizien*. El primero lo traduciré como *decisión precedente*, mientras que el segundo lo he traducido como *precedente*. De forma escueta, una discusión teórica a propósito del fundamento y uso de las *decisiones precedentes* en el razonamiento jurídico tiene como objeto los *precedentes judiciales*.

<sup>16</sup>M-J. SWIBERT, “Wirkungen der Entscheidungen des BVerfG”, en *Juristische Schulung*, 1988, p. 51.

argumentación en sí<sup>17</sup>.

Mientras que la categoría *fuerza de ley* ha sido tratada con claridad por el legislador alemán, éste se ha limitado a declarar que el resto de decisiones (las que no resuelven los recursos de inconstitucionalidad de las norma jurídicas) tiene un *valor vinculante* (§31 I BVerfGG) sin llegar a dar algún indicio que explique el significado de tal valor o efecto jurídico.

Para aclarar el sentido del §31 I BVerfGG, Schlüchter<sup>18</sup> propone interpretarlo en relación al apartado II del mismo parágrafo. Así sostiene que en principio el valor jurídico atribuido en uno y otro apartado del §31 BVerfGG no difiere en su carácter o naturaleza sino sólo en los sujetos a los que vincula. Es decir, los efectos vinculantes de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas son atribuidos *erga omnes* y no sólo a los destinatarios mencionados en el apartado I del §31 BVerfGG (órganos constitucionales, judiciales y demás autoridades).

Efectivamente este criterio subjetivo ayuda a distinguir la *fuerza de ley* del *valor vinculante*, pero es insuficiente para resolver el problema acerca del alcance *objetivo* de ambas categorías. Según un criterio objetivo, la diferencia relevante entre la *fuerza de ley* y el *valor vinculante* de las decisiones de la Corte Constitucional alemana es que en el primer caso sólo afecta al *Tenor* de la decisión, mientras que en el segundo alcanza a los fundamentos (las razones) de la misma<sup>19</sup>.

**La controversia planteada por el §31 I BVerfGG** Aunque los analizados criterios subjetivo y objetivo permitan clarificar la distinción entre las dos categorías *fuerza de ley* del §31 II BVerfGG y *valor vinculante* del §31 I BVerfGG, aún no hay una respuesta satisfactoria acerca del contenido exacto de la segunda. En otras palabras, el §31 I BVerfGG deja abierta la cuestión acerca del alcance objetivo del *valor vinculante*.

La controversia que del §31 BVerfGG es, en palabras de Kriele, la duda sobre si se debe reconocer una vinculación propia de precedente (*präjudizielle Bindung*) a la interpretación de la Norma Fundamental, o bien un valor similar a fuerza de ley al *Tenor* de las decisiones<sup>20</sup>. Para Kriele,

las decisiones del BVerfG vinculan a los órganos constitucionales, a los tribu-

---

<sup>17</sup>*Ibidem*.

<sup>18</sup>Cfr. E. SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, de Gruyter, Berlín, 1986, p. 26.

<sup>19</sup>No reciben ningún valor jurídico aquellos argumentos que no son estrictamente necesarios para la fundamentación de la decisión (*obiter dicta*) y que no pueden ser confundidos con los fundamentos a los que se les reconoce valor vinculante.

<sup>20</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, p. 290.

nales y a las autoridades como *precedentes*<sup>21</sup>.

La propuesta de Kriele pasa por un cambio en el fundamento de las decisiones precedentes distinto al de su regulación jurídica. Me refiero a su contenido y a su relevancia para el razonamiento jurídico. Este será el análisis que desarrollaré cuando hable de los precedentes judiciales en el sistema jurídico alemán. Por ahora sí quiero destacar que con la propuesta de Kriele se crean dos categorías distintas para referirse a los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional alemana: de un lado la *fuerza de ley* del §31 II BVerfGG y de otro su *vinculación como precedentes* o su carácter como precedente según el §31 I BVerfGG.

### 8.3.3 El tratamiento jurídico de las decisiones del BGH

Existen dos instituciones en el derecho alemán cuya regulación determinan los efectos jurídicos de las decisiones de los cinco Tribunales Federales: la casación (*Revision*) y el procedimiento de divergencia (*Divergenzprozess*)<sup>22</sup>. Mi propósito es, siguiendo el denominado enfoque dogmático, analizar hasta qué punto el tratamiento jurídico de estas dos instituciones justifica el valor vinculante de las decisiones judiciales precedentes de estos altos tribunales<sup>23</sup>, o bien si el análisis más oportuno es el de su contenido, el de su vinculación como precedentes.

**La casación y el procedimiento de divergencia** El desarrollo del derecho mediante la interpretación de los jueces y tribunales corre el peligro de la multiplicidad de criterios interpretativos que redundan contra la seguridad jurídica. Este problema se resuelve mediante una institución jurídica centralizada<sup>24</sup>. La unidad de la práctica judicial y la seguridad jurídica son los fundamentos tanto de la casación como del procedimiento de divergencia.

En el sistema judicial alemán, como he indicado, los cinco Tribunales Federales (BGH, BVerwG, BFH, BAH, BSG) tiene atribuida competencia en el sustanciamiento del recurso

---

<sup>21</sup>*Ibidem*, p. 299.

<sup>22</sup>Consideraré especialmente el tratamiento jurídico que reciben las decisiones del BGH porque aunque este tratamiento no difiere del resto de Tribunales Federales, he limitado mi análisis comparado a la jurisdicción civil.

<sup>23</sup>Me centraré en el BGH a modo de ejemplo del resto de Tribunales Federales. La tesis de la vinculación a las decisiones dictadas en casación y en el procedimiento de divergencia ha sido sostenida entre otros por Lüke, en W. LÜKE, *Die Bedeutung von Präjudizien im deutsche Zivilprozess*, en *Recht und Verfahren*, editado por K. Kroeschell, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 76 y ss.

<sup>24</sup>Cfr. R. BRUNS, *Zivilprozessrecht*, F. Vahlen, München, 1979, p. 415.

de casación. Se trata, en definitiva, de un instrumento de control de la aplicación e interpretación del derecho realizada por los órganos judiciales inferiores. Este control sólo alcanza al derecho y no a los hechos de las sentencias recurridas.

El recurso de casación puede ser admitido directamente en la jurisdicción penal (que pertenece a la ordinaria) y la fiscal si la cuantía en litigio es superior a 1000 DM. En el resto, la admisión de la casación depende del tribunal que decide. Los motivos de admisión (me limitaré a la jurisdicción civil ya que son similares para el resto de las jurisdicciones) son quizás lo más peculiar de la casación alemana. Según el §565 ZPO el recurso de casación está fundado alternativamente:

- en el significado principalista del caso (*Grundsätzliche Bedeutung*);
- en la separación de una decisión precedente del respectivo Tribunal Federal (*Abweichung einer Vorentscheidung*).

La importancia del segundo motivo de casación en relación al tratamiento jurídico de las decisiones del BGH es evidente, pero no se puede despreciar tampoco el primer motivo, especialmente en lo que se refiere al contenido o carácter de precedente de estas decisiones. Una decisión que resuelva una cuestión de significado principalista es absolutamente relevante para la evolución del derecho y para sostener la tesis del carácter de precedentes de las decisiones en casación.

El procedimiento de divergencia, también ideado para la unidad de la jurisprudencia, tiene lugar cuando una sala de un tribunal se separa de las decisiones precedentes de otra sala del mismo órgano o de un órgano judicial distinto. En el primer caso se trata de una divergencia interna (*Innerdivergenz*) y el segundo de una divergencia externa (*Ausserdivergenz*).

Cada órgano judicial (me refiero tanto a los Tribunales Federales, como a los Tribunales Regionales Superiores) tiene constituidas Grandes Salas para resolver las divergencias internas. Sólo en el caso de la jurisdicción ordinaria (que reúne la competencia en materia civil y penal) existe un procedimiento de divergencia externa, para el caso de que una de las salas de lo civil del BGH se separe de la decisión precedente de una de las salas de lo penal del BGH (o viceversa). En este caso, la Gran Sala Conjunta decide al respecto. La divergencia externa a nivel de Tribunal Regional Superior no existe ya que en este caso es la casación (ante el Tribunal Federal correspondiente) la institución ideada para la unidad de la jurisprudencia<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup>Cfr. E. SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 38.

En la jurisdicción ordinaria, la jerarquía a la hora de substanciar este procedimiento es la siguiente: en el vértice la Gran Sala Conjunta del BGH, le sigue la Gran Sala de lo Civil y la Gran Sala de lo Penal (ambas al mismo nivel jerárquico) y concluye con las Salas de los Tribunales Regionales Superiores.

**La prohibición de separarse y la obligación de establecer un criterio** En poco, o en nada, se diferencia la casación (al menos por separación de una decisión precedente) del procedimiento de divergencia (tanto interno como externo). Más aún, ambas instituciones son el resultado de combinar otras dos instituciones del derecho alemán: la prohibición de separación (*Abweichungsverbot* establecida en el §132 Gerichtsverfassungsgesetz o GVG) y la obligación de establecer un criterio (*Vorlagenpflicht*)<sup>26</sup>.

En general los órganos judiciales no pueden abandonar los criterios (de interpretación) establecidos en decisiones precedentes (del mismo órgano o de otro superior). Esta prohibición basada claramente en la unidad de la jurisprudencia y en la seguridad jurídica, no significa tanto el inmovilismo de la interpretación cuanto la creación de una obligación para el órgano que la incumpla: declarar el abandono del criterio precedente (*Vorlagenpflicht*). En el procedimiento de divergencia la sala que deba resolver el abandono de una decisión precedente debe, además, resolver el asunto planteado. Por este motivo, la omisión de obligación de declarar la divergencia significa la violación del art. 101 I.2 GG según el cual nadie puede ser substraído de su juez legal<sup>27</sup>.

**Los efectos vinculantes de las decisiones del BGH** El derecho alemán regula los efectos jurídicos de las decisiones alcanzadas en casación y en el procedimiento de divergencia. En el primer caso, el §565.2 ZPO establece que el órgano judicial casado está vinculado a la decisión del órgano de casación (el BGH); en el caso del procedimiento de divergencia, el §136.1 y 138.1 GVG establecen los mismos efectos jurídicos para las decisiones de las Grandes Salas y la Gran Sala Conjunta. Los criterios de interpretación (*Vorlagen*) elaborados en el sustanciamiento de ambos recursos vinculan a los tribunales inferiores.

El alcance subjetivo de los efectos vinculantes atribuidos a las decisiones del BGH no es equiparable al reconocido a las decisiones del BVerfG del §31 I BVerfGG (todas las

<sup>26</sup>En el supuesto que se plantee una cuestión de significado principalista, la declaración del criterio no es obligatoria sino optativa. Sobre la distinción entre el criterio (*Vorlage*) obligatorio y el optativo véase P. KOTHE, "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", en *Die öffentliche Verwaltung*, n. 41, 1988, p. 285.

<sup>27</sup>Cfr. E. SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 40.

decisiones dictadas por esta corte constitucional salvo las que resuelven los recursos de inconstitucionalidad de las normas jurídicas). En otras palabras, cuando en casación o en divergencia el BGH elabora un criterio (*Vorlage*) interpretativo, éste no vincula ni a los órganos constitucionales ni *todos* los tribunales sino sólo a los órganos judiciales inferiores jerárquicamente<sup>28</sup>. En opinión de Schlüchter, la regla contenida en el §31 I BVerfGG no se deja extrapolar, al menos, a instituciones jurídicas fundadas en el control de la unidad de la jurisprudencia<sup>29</sup>.

Precisamente este control de la unidad de la jurisprudencia permite explicar el contenido y el alcance objetivo de la vinculación de las decisiones del BGH. La casación y el procedimiento de divergencia son instrumentos de control de la actividad judicial de los órganos judiciales. Por este motivo, la regulación de ambas instituciones jurídicas, y con ella el tratamiento jurídico de las decisiones del BGH, se ha centrado no tanto en la regulación de su seguimiento (el alcance y contenido de los efectos vinculantes) como en su separación<sup>30</sup>. El control de la actividad judicial y la sanción (procesal) en caso de separación explica, además, que los jueces y tribunales alemanes sigan las decisiones del BGH por una razón fáctica: la *economía procesal*<sup>31</sup>. Según Olzen, el tribunal que decide apartarse de una decisión precedente del BGH deberá realizar un intensivo estudio de la literatura y jurisprudencia sobre el asunto que conoce, a fin de argumentar el cambio de criterio. Esta argumentación "extra" no impedirá que la decisión sea objeto de recurso (bien de casación o de divergencia) abriendo así una nueva instancia procesal<sup>32</sup>.

La regulación de los efectos vinculantes de las decisiones del BGH, dentro del ámbito del control de la unidad de la jurisprudencia, permiten rechazar la tesis según la cual los §136.1 y 138.1 GVG atribuyen a las decisiones del BGH un efecto inferior al de fuerza de ley. Con ambas disposiciones jurídica, el legislador alemán ha querido atribuir a las decisiones del BGH efectos jurídicos fuera del caso concreto, sin que éste llegue a determinar cuales son ni cual sea su alcance.

---

<sup>28</sup>*Ibidem*. p. 45.

<sup>29</sup>*Ibidem*.

<sup>30</sup>La prohibición de separación y el mandato de establecer un criterio interpretativo son el fundamento común de la casación y el procedimiento de divergencia.

<sup>31</sup>Cfr. D. OLZEN, "Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtsprechung in Zivilsachen", en *Juristen Zeitung*, 1985, p. 157.

<sup>32</sup>También la carrera profesional de los magistrados debe considerarse seriamente como un factor que disuade a los magistrados en la separación de una decisión precedente (*ibidem*; en el mismo sentido véase J. WRÓBLEWSKI, "Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory Law*", citado.



**Un cambio de perspectiva** La conclusión que arroja el hasta ahora analizado tratamiento jurídico de las decisiones del BVerfG y del BGH es que el derecho alemán no reconoce una vinculación estricta de los precedentes, salvo en el caso de las decisiones que declaren la (in)constitucionalidad de las normas jurídicas (§31 II BVerfGG) a las que se les reconoce fuerza de ley. Respecto a las demás decisiones de los altos órganos judiciales alemanes, las del §31 I BVerfGG y de las del BGH dictadas en casación y en divergencia, a lo largo de los apartados anteriores he intentado demostrar que el tratamiento jurídico que reciben no permite elaborar el fundamento de su valor vinculante. Más bien, este fundamento hay que encontrarlo fuera del ordenamiento jurídico.

## 8.4 Un breve análisis del derecho judicial

Para esta nueva perspectiva, que denominé teórica, la fuerza de los precedentes judiciales no se encuentra tanto en su regulación jurídica cuanto en la interpretación y aplicación de la ley. En otras palabras, su origen es indirecto, porque aunque formalmente la ley sea vinculante, ésta se aplicará según la interpretación elaborada en decisiones precedentes. Por este motivo, antes de abordar la denominada perspectiva teórica de los precedentes y defender su idoneidad, conviene realizar un breve análisis del *derecho judicial*, del derecho interpretado y aplicado<sup>33</sup>.

Este apartado me permitirá sostener la tesis según la cual la discusión del valor vinculante de las decisiones judiciales sostenida en el ámbito del *derecho judicial* alemán (*Richterrecht*) y por lo tanto, de la práctica judicial, ha tenido como resultados primero, la creación del concepto de *precedente* (*Präjudizien*) y segundo, la elaboración de distintos modelos de seguimiento y separación de los precedentes basados en la *relevancia práctica* de éstos en el razonamiento jurídico. En otras palabras, explicaré la relación como el paso del derecho judicial a los precedentes.

Para defender esta tesis distinguiré dos cuestiones: la primera relativa al *derecho judicial y su necesidad*, tema íntimamente relacionado con las lagunas jurídicas; y la segunda relativa a la *vinculación de las decisiones judiciales*, que es una cuestión relacionada con el fundamento del valor vinculante del derecho judicial y con los precedentes<sup>34</sup>.

<sup>33</sup>Sobre el derecho judicial y su valor vinculante la producción teórica alemana es desbordante. Puesto que el objeto de esta investigación es el fundamento y uso de los precedentes judiciales desde una perspectiva comparada, me referiré sólo a aquellos puntos interesantes para el estudio de los precedentes.

<sup>34</sup>Véase CH. GUSY, "Richterrecht und Grundgesetz", en *Die öffentliche Verwaltung*, n. 11, 1992, pp. 461 y ss.

### 8.4.1 El derecho judicial y su justificación

La necesidad del derecho judicial es, en términos generales, una cuestión equivalente a la necesidad de la superación de las *lagunas* del derecho por los jueces<sup>35</sup>. El derecho judicial, que es algo más que la suma de las decisiones judiciales, encuentra así su fundamento en la existencia de vacíos jurídicos que el juez debe superar con el único instrumento que le ha sido atribuido de manera exclusiva: la interpretación de la ley. Las lagunas jurídicas pueden estar causadas tanto por la falta de regulación como por una regulación oscura; también los conceptos jurídicos indeterminados y las normas jurídicas en blanco provocan estos vacíos y justifican la necesidad del derecho judicial.

Esta justificación acentúa la importancia del análisis del modelo de razonamiento jurídico ya que la superación de las lagunas jurídicas (al igual que dotar de sentido los conceptos jurídicos indeterminados o las normas en blanco) exige del juez una actividad que se encuentra en la difusa línea de separación entre la creación y la aplicación del derecho. Esta *aplicación creativa* del derecho se denomina *Rechtsfortbildung* (término que traduciré como formación del derecho) y es el tema por excelencia de la doctrina alemana.

Los dos problemas que aparecen involucrados en el análisis de la formación del derecho son el conocimiento del derecho y la competencia de los jueces para crear derecho y superar así las lagunas jurídicas. Wank se refiere a ambos problemas como el aspecto *hermenéutico* y *constitucional* de la formación judicial del derecho<sup>36</sup>.

#### El aspecto hermenéutico de la formación judicial del derecho

Según este aspecto del derecho judicial, la actividad de los órganos judiciales se denomina *concretización* de una norma general y abstracta. En efecto, las decisiones judiciales no son sino la síntesis de la norma jurídica y los hechos del caso concreto. El resultado de tal concretización es *la creación de una norma jurídica*<sup>37</sup>. Ésta es la norma concreta del caso, la decisión judicial, cuyo ámbito debe distinguirse del correspondiente a una norma jurídica general.

La gran parte de la doctrina alemana sigue a Müller cuando afirma que la actividad judicial (la aplicación del derecho) tiene un carácter creativo, la creación de la norma

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 462.

<sup>36</sup> Véase R. WANK, "Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht", en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaft*, n. 3, 1988, p. 319.

<sup>37</sup> F. MÜLLER, *Richterrecht-rechtstheoretisch formuliert*, en *Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät für 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986, p. 70.

mediante la concretización del derecho, y que éste no se debe reconocer sólo de manera excepcional<sup>38</sup>. Tal carácter creativo está especialmente ligado al tema de las lagunas del derecho o, si se quiere, a una *concretización* de las norma jurídicas. Tanto los supuestos de falta de regulación jurídica cuanto aquellos en los que la normativa existente sea oscura, el juez concretiza (interpreta) las normas existentes de manera más creativa en un caso (falta de regulación) o más correctiva en otro (falta de claridad). En ambos, el juez aclara y precisa el contenido de un texto normativo de manera que su solución está apoyada en las normas jurídicas.

Para otros autores, como es el caso de Sendler, detrás de la teoría de la concretización de las norma jurídicas se esconde una concepción del juez *como legislador de segundo orden*<sup>39</sup>. Para este autor, si bien el juez concretiza las normas jurídicas, lo hace siempre detrás del legislador y por lo tanto con la vinculación que el texto jurídico le haya conferido, negando así cualquier carácter creativo a su actividad.

Creo que de este aspecto hermenéutico hay que retener que el derecho judicial no consiste en la pura aplicación del derecho mediante la subsunción, sino en la necesidad de concretizar las reglas jurídicas al caso particular. Ésta es una actividad que requiere la creación o la elaboración de enunciados normativos concretos o con un grado de abstracción menor que el de la norma que se aplica<sup>40</sup>, especialmente en el caso de que el juez supere una laguna jurídica provocada por la falta de regulación.

Sin embargo, el aspecto hermenéutico del derecho judicial, es decir, la justificación del derecho judicial mediante la superación de las lagunas jurídicas, plantea un problema central: la armonización de este carácter creativo con los principios de separación de poderes y sujeción del juez a la ley. Éste es el denominado aspecto constitucional del derecho judicial.

### El aspecto constitucional del derecho judicial

Este aspecto pretende armonizar la vertiente hermenéutica del derecho judicial con aquellos principios constitucionales que resultan afectados, en concreto con el principio de división de poderes y con el de vinculación del juez a la ley<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup>*Ibidem*, p. 71.

<sup>39</sup>H. SENDLER, "Überlegungen zum Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung", en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1988, p. 831.

<sup>40</sup>Cfr. P. KOTHE, "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", citado, p. 287.

<sup>41</sup>Es un problema trasladable a cualquier sistema jurídico continental que trata de hacer compatible la función de aplicación del derecho de jueces y tribunales con su capacidad creativa de normas y criterios interpretativos.

El art. 97 I GG es tajante: los jueces son independientes y están sujetos únicamente a la ley. Una interpretación aislada de este mandato constitucional conduciría a tesis positivistas (la formalidad del razonamiento jurídico y el sometimiento del juez a la ley) que hoy en día son de difícil aceptación. La aplicación del derecho no es sólo el “conocimiento del derecho sino también su actualización, integración y concretización al caso”<sup>42</sup>.

Esto no significa que el mandato constitucional de sometimiento del juez a la ley sea irrelevante, sino que se debe relativizar e interpretar en relación a otro mandato judicial, el del art. 20 III GG según el cual el poder judicial está sometido a la ley y al derecho. Para Koch y Rüssmann los arts. 20 III y 97 I GG significan, de un lado, el rechazo a las tesis positivistas en su versión más fuerte y de otro lado, son el reconocimiento de una capacidad creadora de los jueces en la función de aplicación de la ley<sup>43</sup>. La creación de la jurisprudencia de los tribunales alemanes encuentra su fundamento y su límite en la vinculación a la ley, o mejor, en la vinculación al significado de las leyes.

Otro de los criterios a considerar en el esfuerzo de relativizar e interpretar el art. 97 I GG es la vinculación del juez al caso concreto. La independencia del juez del resto de los órganos constitucionales significa que el juez está vinculado sólo al caso concreto<sup>44</sup>. Incluso se puede añadir que mientras que el derecho del legislador está fundado en la seguridad jurídica, el derecho judicial lo está en el principio de justicia del caso concreto<sup>45</sup>.

Gusy señala tres formas distintas de concretización o interpretación de la norma jurídica en la que los anteriores principios, vinculación del juez a la ley y vinculación al caso concreto, tienen una relevancia relativa.

- En el caso de la interpretación *intra legem*, el juez aplica la norma aclarando su sentido en relación al caso particular. Esta forma de concretizar la norma jurídica, la más usual en la actividad judicial, no colisiona con el principio de vinculación del juez a la ley y menos aún con el de vinculación al caso concreto.
- En el caso de la interpretación *praeter legem* la vinculación del juez a la ley sí es un límite a la actividad judicial. Son situaciones en la que el juez supera una laguna jurídica o aplica por analogía una norma que en principio no es aplicable al caso concreto.
- Por último, en el caso de la interpretación *contra legem* el juez se separa del contenido de la norma jurídica. Este tipo de formación judicial del derecho colisiona

<sup>42</sup>Cfr. P. KOTHE, “Vorlage. Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 286.

<sup>43</sup>Cfr. H-J. KOCH, H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, C.H. Beck, Múnich, 1982, p. 164.

<sup>44</sup>Cfr. W. SCHLÜTER, *Das Obiter dictum*, C. H. Beck, Múnich, 1973, p. 48.

<sup>45</sup>Cfr. P. KOTHE, “Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter”, citado, p. 287.

directamente con el principio de vinculación del juez a la ley del art. 97 I GG<sup>46</sup>.

Pero a pesar de esta colisión, ¿es posible justificar una interpretación *contra legem* de acuerdo con el art. 20 III GG (sometimiento del Poder Judicial a la ley y al Derecho)? Es decir, ¿el reconocimiento de una cierta capacidad creativa de la jurisprudencia por los arts. 20 III y 97 I GG significa también el reconocimiento de una interpretación *contra legem*? E incluso, ¿son estas decisiones *contra legem* vinculantes en modo alguno para jueces y tribunales? Desde el punto de vista del derecho constitucional, se pueden aducir argumentos tanto a favor como en contra. En concreto, el poder de los jueces para crear derecho mediante sus decisiones encuentra un fundamento en el art. 20 III GG, y otros principios constitucionales como el de seguridad jurídica, el de igualdad y la protección de la confianza son claros argumentos en favor del reconocimiento de valor vinculante a los precedentes. Por otro lado, sin embargo, la separación de poderes y el Estado de derecho serán aducidos como contraargumentos al reconocimiento de la vinculación de los jueces a los precedentes.

Tampoco la doctrina alemana se aventura a responder afirmativamente los anteriores interrogantes. Para Gusy, por ejemplo, existe una absoluta incompatibilidad entre la interpretación *contra legem* y el principio constitucional de sometimiento del juez a la ley y al derecho (art. 20 III GG)<sup>47</sup>. De otro lado, Kriele sostiene una tesis que recuerda a la mantenida por el *Hoge Raad* holandés en relación a la creación judicial del derecho. Para este teórico alemán, la jurisprudencia elabora reglas jurídicas que están contenidas en leyes. Esta creación será aceptada por el legislador si éste guarda silencio al respecto<sup>48</sup>. Para Kriele no parece haber lugar para la interpretación *contra legem*, ya que, si el juez decidiera de forma contraria a la voluntad del legislador, éste legislaría para corregir el (mal)desarrollo de la jurisprudencia.

Las competencias del poder judicial son irreconciliables con la interpretación *contra legem*. Así lo ha entendido también el BVerfG que no admite la separación judicial del contenido de la ley ni siquiera cuando la interpretación *contra legem* se justifique mediante otros principios constitucionales (como el de vinculación del juez al caso concreto).

A pesar de la fuerte discusión teórica que existe entorno a la interpretación *contra legem* sólo quisiera destacar para esta investigación su valor a la hora de sintetizar el denominado aspecto constitucional del derecho judicial.

---

<sup>46</sup>Cfr. CH. GUSY, "Richterrecht und Grundgesetz", citado, pp. 462 y ss.

<sup>47</sup>*Ibidem*, p. 464.

<sup>48</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 327.

## La síntesis del aspecto hermenéutico y constitucional

El derecho judicial es la síntesis del aspecto hermenéutico y constitucional de la actividad judicial. Para Wank,

en la aceptación de la formación judicial del derecho (*Rechtsfortbildung*) no es relevante sólo *si* se decide, sino *cómo* se decide, de qué forma y manera se superan las lagunas jurídicas<sup>49</sup>.

Una formación judicial del derecho debe combinar elementos interpretativos y constitucionales y por lo tanto, tiene que considerar la división de poderes, la vinculación a la ley y además comprobar si la decisión es coherente con el derecho<sup>50</sup>.

### 8.4.2 La vinculación del derecho judicial

Si el análisis de los fundamentos del derecho judicial conduce a la combinación de los aspectos interpretativos y constitucionales, el análisis del fundamento de su valor vinculante desemboca en la justificación del uso de los precedentes. Como ya he indicado, la aplicación de una norma jurídica abstracta requiere la formación del derecho, la formulación de una norma concreta. Ésta no es de por sí vinculante, pero es evidente que en la práctica judicial el juez acudirá a los enunciados jurídicos concretos elaborados con anterioridad para casos semejantes. Explicar la relevancia práctica de los precedentes en el razonamiento jurídico equivale a justificar el valor vinculante del derecho judicial y comenzar el análisis teórico de los *precedentes judiciales*.

## 8.5 El análisis teórico de los precedentes judiciales

A continuación, presentaré los distintos fundamentos teóricos de los *precedentes judiciales* en el sistema jurídico alemán, para lo que distinguiré, siguiendo a Gusy<sup>51</sup>, dos perspectivas:

- aquellas centradas en la *vinculación jurídica* de los precedentes y que refutan o defienden su carácter como *fuentes del derecho* y,
- aquellas otras que hacen del concepto de *vinculación metodológica* el criterio que determina el valor vinculante del derecho judicial (*Richterrecht*) y el uso de los

<sup>49</sup>R. WANK, "Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht", citado, p. 355.

<sup>50</sup>*Ibidem*.

<sup>51</sup>Cfr. CH. GUSY, "Richterrecht und Grundgesetz", citado, p. 461.

precedentes en el razonamiento jurídico.

En ambos casos se trata de análisis teóricos elaborados por la teoría alemana, no faltos de relevancia práctica puesto que se discute el valor vinculante de las decisiones precedentes, es decir, si los tribunales deben o no considerar las decisiones de otros órganos judiciales y en qué medida su contenido es determinante para alcanzar una decisión.

### 8.5.1 La vinculación jurídica de los precedentes

Dos teorías ocuparán las páginas dedicadas a la discusión sobre el carácter fonticio de los precedentes judiciales en el sistema jurídico alemán. Me referiré, en primer lugar, a la postura defendida por Larenz, contraria al reconocimiento de tal valor salvo que el derecho judicial se consolide como derecho consuetudinario; y en segundo lugar, mencionaré la propuesta de Bydlinski que propone la vinculación subsidiaria a los precedentes judiciales en casos *non liquet*.

#### La tesis de K. Larenz sobre las fuentes de conocimiento del derecho

La propuesta de Larenz a propósito del carácter no fonticio de los precedentes comienza con la distinción entre *vinculación normativa* y *valor de hecho*, una distinción a la que recurriré en las páginas siguientes. Por vinculación normativa, cuyo ejemplo paradigmático es la ley, se refiere a la existencia de una obligación jurídica de seguir o de observar una determinada disposición normativa: aquella a la que el ordenamiento jurídico le ha atribuido un valor vinculante y que se denomina *f fuente del derecho*. Por valor de hecho se refiere a la relevancia práctica de ciertos elementos o recursos jurídicos en la actividad judicial, en la aplicación e interpretación de las fuentes del derecho. Un ejemplo de esta categoría son los precedentes judiciales.

Se trata, por lo tanto, de dos categorías (vinculación normativa o jurídico-normativa y valor de hecho) que tienen fundamentos distintos. En el primer caso, es el ordenamiento jurídico el que atribuye la vinculación normativa a ciertos elementos jurídicos (como la ley); en el caso del valor de hecho su fundamento es la práctica judicial. Además los efectos de una y otra categoría también son distintos: los denominados “si o no” (*Entweder-Oder*) es decir, o son vinculantes o no lo son, en el caso de la vinculación normativa (o jurídica); y los efectos “más o menos” (*Mehr oder Weniger*) es decir, más o menos relevantes pero en ningún caso vinculantes, en el caso del valor de hecho.

Para Larenz, si hay que atribuir un valor determinado a los precedentes judiciales, éste

no será el de vinculación jurídica sino el de valor de hecho. Los precedentes son, según este autor, decisiones judiciales en las que se ha resuelto una cuestión jurídica. Contienen criterios de decisión o de interpretación que serán utilizados para decidir posteriores casos similares. De ahí su indudable valor de hecho en la fundamentación de las decisiones judiciales<sup>52</sup>.

No se cuestiona, por lo tanto, la relevancia de los precedentes en la práctica judicial de los tribunales continentales (de los tribunales alemanes en este caso). Sin embargo, aunque este valor práctico sea aceptado, es más discutible si llega a justificar o a fundamentar su valor vinculante y por lo tanto su carácter como fuente del derecho. Es decir, ¿se puede reconocer un *valor vinculante normativo* o jurídico-positivo a los precedentes a partir de su *incuestionable valor de hecho*<sup>53</sup>? ¿Puede ser la relevancia práctica el fundamento de la vinculación normativa?

Estos interrogantes tienen para Larenz una respuesta negativa ya que las categorías a las que hace referencia, la vinculación normativa y valor de hecho, son distintas y autónomas entre sí, de manera que no es posible hacer derivar una de la otra ni fundamentar una en la otra. Se debe concluir, o por lo menos así lo hace Larenz, que el derecho alemán sólo atribuye una vinculación jurídica a la ley, a la costumbre<sup>54</sup> y a las decisiones del BVerfG sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas. Estas son las fuentes del derecho alemán con fuerza de ley y de obligada observancia.

Las demás decisiones, es decir los precedentes o decisiones anteriores en la que una cuestión jurídica ya ha sido tratada y resuelta, no son para el derecho alemán "vinculantes como lo es la ley"<sup>55</sup> por lo que hay que concluir que tampoco son fuentes del derecho. Ahora bien, Larenz no se detiene en el rechazo del carácter fonticio de los precedentes judiciales sino que apunta su significado a partir del indiscutible valor de hecho que se les reconoce en la práctica jurídica.

El uso de los precedentes, según este autor, no puede ser el propio de una fuente del derecho sino de lo que él llama *fuentes de conocimiento del derecho* (*Rechtserkenntnisquelle*)<sup>56</sup>. Por tal hay que entender los instrumentos de los cuales jueces y tribunales se valen

<sup>52</sup>Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, (5ª edición) Springer, Berlín, 1983, p. 413.

<sup>53</sup>Cfr. K. LARENZ, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en *Festschrift für H. Schima*, editado por H. Walter Fasching y W. Králik, Manz, Viena, 1969 p. 249.

<sup>54</sup>*Ibidem*, pp. 249-250. Sólo aquellas decisiones judiciales precedentes que a través de la práctica reiterada se han consolidado como derecho consuetudinario se consideran vinculantes normativamente y por lo tanto fuentes del derecho.

<sup>55</sup>K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado, p. 413.

<sup>56</sup>*Ibidem*, p. 415. Del mismo autor. *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, in *Festschrift für H. Schima*, citado, p. 262.



en la aplicación e interpretación del derecho vigente a casos concretos y en la superación de las lagunas jurídicas mediante la interpretación del derecho válido<sup>57</sup>.

Cada decisión judicial es el resultado de la concretización de la norma vinculante al caso concreto, cada decisión contiene, por lo tanto, una máxima o criterio interpretativo que sirve de modelo a los jueces en la decisión de casos similares. Los precedentes serán usados por los tribunales (inferiores) como un recurso para el correcto conocimiento de la norma jurídica. Este uso instrumental garantiza, además, la igualdad jurídica (igual tratamiento para casos semejantes) y la seguridad jurídica<sup>58</sup>.

Si bien la igualdad y la seguridad jurídica son argumentos a favor del seguimiento (no vinculante sino como fuente de conocimiento del derecho) de los precedentes, estos no pueden servir para justificar lo injustificable: el uso de los precedentes incorrectos. El resultado de combinar de un lado la seguridad jurídica (el seguimiento de los precedentes) y de otro lado la corrección de los precedentes es lo que Larenz ha denominado *presunción de corrección*<sup>59</sup> que permite al juez que conoce un caso concreto no considerar los precedentes si duda sobre la corrección de los mismos, y elaborar así su propia decisión<sup>60</sup>.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, para Larenz, el valor vinculante normativo y valor de hecho son dos categorías independientes y autónomas, de manera que el valor de hecho de los precedentes no podrá justificar su uso como fuente del derecho. A ellos Larenz atribuye un carácter de fuente de conocimiento del derecho, es decir, los reconoce como recurso en la labor judicial de aplicación e interpretación del derecho.

La breve crítica que dirigiría a la teoría de Larenz, al menos en lo relativo a los precedentes judiciales, no se refiere a la negación de su carácter fonticio (a la cual me sumo) sino al escaso desarrollo que la categoría "fuente de conocimiento" ha tenido en su obra. A este respecto me sumo a lo dicho por Lüke para quien la propuesta de Larenz no explica hasta qué punto el juez tiene la obligación de controlar el contenido de los precedentes<sup>61</sup>. Falta principalmente un análisis metodológico acerca de la vinculación práctica o de hecho a la que se refiere Larenz, un estudio de los criterios y pautas que deben determinar el uso de los precedentes como fuente de conocimiento del derecho.

<sup>57</sup>Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, citado, p. 412.

<sup>58</sup>*Ibidem*, p. 414.

<sup>59</sup>*Ibidem*. Larenz discute también la *presunta vinculación* de los precedentes judiciales a la que se refiere Kriele, y la tilda de superficial y peligrosa. El peligro, argumenta Larenz, radica en el uso de los precedentes sin que estos sean sometidos a ningún examen de su corrección. La *presunción de corrección* permite el control del contenido de los precedentes por el juez.

<sup>60</sup>Parece así distinguir entre la razón del seguimiento de los precedentes: igualdad y seguridad jurídica; y el fundamento o razón de su uso como fuente de conocimiento: la *presunción de corrección*.

<sup>61</sup>Véase W. LÜKE, *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen Zivilprozess*, citado, p. 84.

## La tesis de Bydlinski sobre las fuentes subsidiarias

Lo más destacable de la teoría de Bydlinski en relación a los precedentes judiciales es el intento explicar su vinculación tanto *jurídica* cuanto *metodológicamente*. El resultado de esta combinación es lo que él denomina *vinculación subsidiaria* de los precedentes en casos *non liquet* o casos de lagunas jurídicas.

Este teórico austriaco rechaza, como lo hace Larenz, que las decisiones judiciales formen parte del derecho positivo, al que sí pertenece la ley y la costumbre (de ahí su tratamiento en esta sección). Sin embargo, y aunque el derecho alemán no atribuya fuerza de ley (*gesetzesgleiche rechtliche Kraft*)<sup>62</sup> a las reglas jurídicas contenidas en las decisiones precedentes, Bydlinski no abandona una perspectiva jurídico-positiva.

El *análisis normativo* adoptado por Bydlinski sirve para explicar, primero, la relación entre el derecho positivo y los precedentes y segundo, para justificar la denominada vinculación subsidiaria de los últimos. Iré por partes.

La relación de dependencia de los precedentes al derecho positivo sólo se puede explicar normativamente: el ordenamiento jurídico atribuye a la ley (y a la costumbre) tal fuerza que es vinculante por sí sola, mientras que los precedentes tienen que derivarse de la ley, o dicho de otra forma, la existencia de los primeros depende del derecho positivo. Esta dependencia permite explicar que el derecho atribuya un valor vinculante normativo a las decisiones judiciales (correctamente derivadas del derecho positivo).

Además el análisis jurídico-positivo de los precedentes explica su consideración como *fuerza subsidiaria del derecho*. El juez está vinculado primero al derecho positivo (la ley y la costumbre) y sólo en los casos en los que no aporte una solución clara, los denominados casos *non liquet*, el juez estará vinculado a los precedentes<sup>63</sup>. Más aún, principios como el de igualdad o de seguridad jurídica tienen para Bydlinski sólo un significado subsidiario.

La vinculación jurídica de los precedentes en los casos *non liquet* mantiene una perfecta sintonía con el principio de separación de poderes. Aún en los casos de lagunas del derecho (casos *non liquet*) los jueces no pueden rehusar a dar una solución, de manera que la vinculación subsidiaria a los precedentes evita la posible usurpación de las competencias legislativas por los órganos judiciales que deberán decidir según una fuente subsidiaria (pero siempre de derecho).

A este análisis normativo, Bydlinski suma una perspectiva metodológica que le permite determinar el valor de los precedentes en la práctica judicial. La tarea de todo práctico del

<sup>62</sup>Cfr. F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Viena, 1982, p. 502.

<sup>63</sup>*Ibidem*, p. 509.

derecho, sostiene este autor, es la de buscar aquellos precedentes que se ajusten a un caso determinado. Considera que la constitución de los precedentes como institución jurídica se deba a la labor de la jurisprudencia junto a la de la doctrina y que por lo tanto, sea la práctica judicial el ámbito adecuado en el que se debe desarrollar la discusión a propósito de su valor.

Esta relevancia de hecho de los precedentes ha carecido de un adecuado tratamiento metodológico lo que ha provocado que su uso se encuentre "en un ámbito apenas legitimado y a medias tintas"<sup>64</sup>. Bydlinski pretende superar esta carencia y justificar metodológicamente el valor y uso de los precedentes a partir de la anterior explicación jurídico-positiva de su vinculación<sup>65</sup>.

Los precedentes no son vinculantes por su propia fuerza sino sólo cuando *derivan de forma metodológicamente correcta de las normas jurídicas vinculantes*. El valor de las decisiones precedentes resulta sólo de la corrección de los argumentos que contienen. El derecho judicial, como derecho científico, tiene valor no en virtud de su autoridad jurídica sino en virtud de su interpretación del derecho<sup>66</sup>.

Por último, la tesis de Bydlinski no se puede entender como un caso de vinculación estricta de los precedentes sino limitada. De un lado porque se trata de una vinculación subsidiaria y de otro lado, porque su utilización depende de la corrección del contenido de los precedentes: el abandono está metodológicamente justificado cuando el precedente que se aplica sea falso<sup>67</sup>.

Aunque se puede criticar la mayor o menor oportunidad de justificar el valor de los precedentes *en el razonamiento jurídico y desde una perspectiva jurídica*, lo cierto es que la obra de Bydlinski es un riguroso estudio que trata de conciliar dos perspectivas, la jurídico-positiva y la metodológica, que han sido abordadas siempre por separado en la teoría del derecho, al menos cuando se trata de explicar el fundamento y uso de los precedentes.

---

<sup>64</sup>*Ibidem*. La crítica dirigida a Larenz incide también en la falta de desarrollo metodológico de lo que él denomina fuentes de conocimiento del derecho.

<sup>65</sup>En este sentido, como he apuntado, la obra de Bydlinski es una simbiosis entre un análisis metodológico y otro normativo, dos perspectivas que para la mayor parte de la doctrina resultan incompatibles.

<sup>66</sup>F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, citado, p. 503. El énfasis es mío.

<sup>67</sup>*Ibidem*, p. 511.

### 8.5.2 La vinculación metodológica de los precedentes

Comienza aquí el denominado análisis metodológico (dentro del más genérico análisis teórico) de los precedentes judiciales en el razonamiento jurídico que, reitero, no se concentra en la fuerza de ley atribuida a las decisiones precedentes, ni en su vinculación jurídica (criterio éste adoptado por las fuentes del derecho), sino que considera su valor de hecho en el razonamiento jurídico<sup>68</sup>.

Para proceder con una cierta sistematicidad me referiré primero a una propuesta que subraya la relevancia práctica de los precedentes en el ámbito de la interpretación del derecho; y segundo a otra línea que destaca esta misma relevancia práctica en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales.

#### La teoría de *Fallnorm* de Fikentscher

La propuesta de Fikentscher le debe algunos de sus elementos esenciales a las de Larenz y de Bydlinski. De un lado, comparte con el primero el reconocimiento de la relevancia práctica de los precedentes en la aplicación del derecho; de otro lado recoge y desarrolla el mayor mérito de la obra de Bydlinski, la explicación metodológica de la vinculación de los precedentes judiciales. Sin embargo, él mismo se declara<sup>69</sup> más cercano a Larenz que a Bydlinski porque su punto de partida es la relevancia práctica del derecho judicial. Un principio que le sirve, sin embargo, para sostener la vinculación de los precedentes judiciales, una tesis radicalmente distinta a la de Larenz.

A diferencia de otras teorías, la de Fikentscher, la denominada *Fallnormtheorie*, sigue muy de cerca el problema de la relevancia práctica y la vinculación del derecho judicial y de los precedentes<sup>70</sup>. Esta vinculación de hecho (de la que también hablaba Larenz) tiene un ámbito muy concreto: el límite del significado de la ley (*Wortsinn-Grenze des Gesetzes*). La vaguedad del lenguaje jurídico o la pluralidad de significados atribuibles a la ley explican que en la aplicación del derecho se reconozca del juez una cierta actividad creativa o de formación del derecho<sup>71</sup>. En concreto se trata de la elaboración de *Fallnormen*.

*Fallnormen* se han definido como “enunciados generales en forma de norma a través de los cuales una determinada cuestión jurídica será decidida. Lo que se utiliza en la

<sup>68</sup> Véase E. SCHLÜCHTER, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 118.

<sup>69</sup> Véase W. FIKENTSCHER, “Präjudizienbindung”, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, n. 26, 1985, p. 167.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

subsunción es la norma del caso, *Fallnorm*, y no la ley<sup>72</sup>. Dos hipótesis pueden extraerse de la anterior cita. La primera es la afirmación de la vinculación de los precedentes en tanto que contienen la *Fallnorm* que resuelve un caso. La segunda es que el Derecho no está formado por normas jurídicas abstractas sino por *Fallnormen*.

Ambas hipótesis coinciden en la tesis principal de Fikentscher: la *vinculación metodológica* de los precedentes judiciales. La *Fallnormtheorie* no atribuye más capacidad creativa a los jueces y tribunales en la formación judicial del derecho, sino que impone a estos una obligación metodológica de usar los precedentes, lo que significa que deben ser interpretados y el caso decidido incorporado a una cadena de casos (similares)<sup>73</sup>.

En el derecho alemán la vinculación metodológica de los precedentes que propone Fikentscher, la *Fallnormtheorie*, encuentra en el art. 20.3 GG un reconocimiento constitucional: "El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho".

Fikentscher entiende que el legislador constitucional ha querido, en primer lugar, reconocer el derecho como algo separado de la ley; y en segundo lugar reconocer una vinculación al derecho<sup>74</sup>. Esta no puede calificarse de normativa por el simple hecho de que una disposición jurídica así lo establezca. El gran mérito de la tesis de Fikentscher es reivindicar la vinculación metodológica: el juez está vinculado a los precedentes porque está obligado a interpretar el derecho. La justificación de esta vinculación es hermenéutica, basada en el límite del significado de la ley (*Wortsinn-Grenze des Gesetzes*)<sup>75</sup>. El valor vinculante que sostiene Fikentscher no debe entenderse como una vinculación estricta (una posibilidad contradictoria con el reconocimiento de la capacidad creativa de los jueces). El juez tiene la obligación de interpretar los precedentes para decidir un caso concreto. Tiene que seguir los precedentes siempre que no exista una razón evidente para separarse de ellos<sup>76</sup>.

Lo más destacable de la propuesta de Fikentscher es la fundamentación del valor vinculante de los precedentes a partir del reconocimiento de su mera relevancia práctica<sup>77</sup>. Lo

---

<sup>72</sup>*Ibidem*.

<sup>73</sup>*Ibidem*, p. 176.

<sup>74</sup>Cfr. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, Mohr, Tübingen, 1977, p. 325.

<sup>75</sup>Fikentscher discrepa de Bydlinski y sostiene que "el derecho no es subsidiario de la ley" (*ibidem*, pp. 329-330). Más aún, la relación entre el derecho (suma de normas de los casos) y la ley es de corrección, es decir, el derecho corrige la ley. Esta tesis sólo es posible dentro del ámbito del significado de la ley de manera que nada obstaculiza el principio de separación de poderes.

<sup>76</sup>*Ibidem*, p. 348. Por lo tanto el derecho judicial sirve, de un lado, para corregir la ley, y de otro para mejorar el derecho ya que no vincula la norma del caso falsa.

<sup>77</sup>Esta es la tesis considerada como insostenible por Larenz para quien no es posible hacer derivar una

logra gracias a la justificación metodológica de esta vinculación y al ámbito hermenéutico o interpretativo en el que adscribe el uso de los precedentes.

Por otro lado, creo que este logro lo sea sólo a medias puesto que Fikentscher deja al descubierto cuestiones como la del abandono de los precedentes (cuando exista una razón evidente para hacerlo) en la que recae prácticamente el peso de la evolución del derecho (judicial). Precisamente será este aspecto, el abandono de los precedentes judiciales, el núcleo de la tesis que pretendo abordar a continuación.

### La presunción a favor de los precedentes

La teoría de Kriele en relación a los precedentes judiciales gira entorno al concepto de *vinculación presunta* o *presunción (a favor) de los precedentes*<sup>78</sup>. Es éste un concepto que le servirá no tanto para sostener el carácter fonticio de los precedentes cuanto para proponer un cambio en la obligación de fundamentación jurídica (*Begründungspflicht*).

En primer lugar, la presunción de los precedentes se refiere a una evidencia de la práctica jurídica, a la consideración de los precedentes en la aplicación del derecho. En el ámbito práctico del derecho alemán hay numerosos ejemplos que sostienen esta afirmación: cuando un tribunal no haya tenido en cuenta el precedente de un tribunal superior a la hora de decidir un caso, se puede recurrir la sentencia por revisión; si un abogado o un notario omiten un precedente su cliente puede demandarlos por negligencia; si una sala de un tribunal quiere separarse del precedente establecido por otra sala del mismo órgano judicial se podrá iniciar un procedimiento de divergencia<sup>79</sup>.

En segundo lugar, la presunción a favor de los precedentes es además un principio del derecho positivo alemán ya que tal práctica ha tenido una acogida en la regulación jurídica<sup>80</sup>. Instituciones como el proceso de divergencia y la revisión, valores como el de unidad y coordinación de la jurisprudencia (art. 95 GG) y el valor que reciben las decisiones judiciales para los órganos inferiores no son sino muestras de la necesaria consideración de los precedentes en la práctica judicial, de la denominada presunción a favor de los precedentes<sup>81</sup>.

De esta regulación jurídica o mejor de la presunción a favor de los precedentes como vinculación jurídica de la relevancia práctica de los precedentes.

<sup>78</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 243.

<sup>79</sup>Cfr. M. KRIELE, *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, en *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padova, 1988, p. 66.

<sup>80</sup>Cfr. K. LARENZ, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 248 ss.

<sup>81</sup>Kriele no sostiene la vinculación estricta de los precedentes ni tampoco su carácter vinculante o fonticio.

principio jurídico, parece deducirse que su fundamento es el principio de unidad y coordinación de la práctica judicial. Sin embargo, Kriele señala no sólo uno sino un conjunto de principios en los que descansa su teoría<sup>82</sup>. El argumento más usado, si bien no el más importante, es el de predictibilidad de las decisiones judiciales y de seguridad jurídica. A éste se le suma el de economía procesal, el de igualdad en la aplicación del derecho, el de valor de los precedentes para casos futuros y el del compromiso entre la ruptura y la continuidad de la práctica judicial.

Es precisamente éste último fundamento el más relevante para la teoría de la presunción a favor de los precedentes<sup>83</sup> por estar conectado con la continua evolución del derecho, y el principio que articula un modelo de uso de los precedentes en la práctica judicial. A continuación analizaré su contenido.

Según Kriele, cuando el juez aplica principios constitucionales como la libertad, la igualdad o el Estado de derecho, así como cuando aplica instituciones jurídicas como la responsabilidad por daños o interpreta las cláusulas generales, no se guía (únicamente) por la ley sino también por la interpretación de ésta contenida en decisiones precedentes. Esta consideración de los precedentes, la denominada presunción a favor de los precedentes, es objeto de un tratamiento metodológico por Kriele.

La pregunta central para aplicar un precedente es la de su adecuación al caso que se resuelve<sup>84</sup>. Para ello el primer paso es determinar si y hasta qué punto el precedente es distinto o no al caso concreto, para luego decidir si la diferencia (si existiera) es relevante<sup>85</sup>. En el caso de que el precedente fuera pertinente (es decir, no existen diferencias relevantes) este se aplicaría; en el caso de que no lo fuera restaría por determinar si se debe abandonar o modificar<sup>86</sup>.

El método de aplicación de los precedentes no es, para Kriele, una imposición de la teoría a la práctica, sino la sustracción de un método que ya es aplicado en la práctica para hacerlo explícito teóricamente<sup>87</sup>. Su contenido es resumido en los siguientes pasos<sup>88</sup>:

---

<sup>82</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 259 y ss.

<sup>83</sup>*Ibidem*, p. 262.

<sup>84</sup>*Ibidem*, p. 269.

<sup>85</sup>Cfr. M. KRIELE, *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen rechtskreis*, citado, p. 67. Parece evidente que un método de aplicación de los precedentes debe aportar los criterios que sirvan a la identificación de las similitudes o diferencias relevantes.

<sup>86</sup>Es aquí donde el método de aplicación de precedentes refleja claramente su compromiso con la continua formación del derecho, es decir es un punto medio entre la continuidad y la ruptura del derecho.

<sup>87</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 287.

<sup>88</sup>Cfr. M. KRIELE, *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen rechtskreis*, citado, pp. 71 y ss.

- La primera labor del juez es el hallazgo del precedente adecuado. Esta cuestión se refiere a la *determinación* de la *ratio decidendi*. Este requisito crea un dilema en la aplicación del precedente<sup>89</sup> porque aplicar un precedente idóneo no es sino aplicar la norma que contiene, pero sólo se puede determinar la idoneidad del precedente por la norma que contiene. Kriele intenta resolver este dilema mediante la elaboración de una hipótesis de la norma (*Normhypothese*) para descubrir la *ratio decidendi* del precedente. La idea es someter esta hipótesis a una prueba continua en su elaboración. No importa que su formulación sea, al inicio, más amplia o reducida del contenido de la *ratio decidendi*. Importante es, sin embargo, que su formulación sea siempre provisional y sometida a una constante adaptación con la norma que pretende descubrir.
- El paso anterior conduce a la elaboración de la *ratio* del precedente y por lo tanto de la norma que se aplicará al caso.
- La aplicación de la norma significa su interpretación. Se puede considerar una interpretación amplia o restringida del precedente; o incluso el reconocimiento de la norma del precedente sólo en casos con determinadas circunstancias (*distinguishing*). Gracias a la interpretación de la *ratio* "la interpretación de la ley se clarifica, se perfecciona y se mejora"<sup>90</sup>.
- Existe también la posibilidad de que el precedente aunque adecuado sea incorrecto. En este caso no conviene su modificación (descrita en el paso anterior) sino su rechazo (*overruling*).

La presunción a favor de los precedentes, es decir su consideración en la aplicación de la ley siguiendo el método ya descrito, es, en palabras de Kriele, "el correcto punto medio entre la continuidad y la flexibilidad, entre la seguridad jurídica y la justicia"<sup>91</sup>.

### 8.5.3 La reconstrucción teórica del valor de los precedentes en el sistema judicial alemán

A lo largo de las secciones anteriores he abordado el tema del fundamento y uso de los precedentes desde distintas perspectivas. La primera era el denominado enfoque dogmático

<sup>89</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 271.

<sup>90</sup>M. KRIELE, *Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, citado, p. 72.

<sup>91</sup>M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, p. 287.



con el que he descrito el tratamiento jurídico que reciben las decisiones de la Corte Constitucional y de los Tribunales Federales (especialmente del BGH). Finalicé este apartado sosteniendo la conveniencia de un *cambio de perspectiva* al que denominé enfoque teórico centrado en la relevancia práctica de los precedentes judicial. Para proceder con cierta sistematicidad, distinguí dos perspectivas: una, la de las fuentes del derecho, que destacaba el valor vinculante (o menos) de los precedentes en la práctica judicial y otra, la de la vinculación metodológica, que destacaba la relevancia práctica o valor de hecho de los precedentes en el razonamiento jurídico.

Creo que esta última perspectiva sea la que merezca mayor atención para el estudio de los precedentes en el sistema jurídico alemán. En primer lugar, porque a diferencia de otras teorías analizadas<sup>92</sup>, la perspectiva de la vinculación metodológica atribuye a los precedentes un fuerte valor práctico o de hecho que va más allá de la mera ilustración. En segundo lugar, porque la denominada perspectiva metodológica permite explicar el fundamento de tal valor *desde* el mismo razonamiento jurídico, así como elaborar una metodología adecuada que facilite el uso de los precedentes. Ambas tesis se desarrollan a continuación.

Que los precedentes tengan un importante valor (no sólo ilustrativo) en el razonamiento jurídico es algo de lo que da buena cuenta la práctica judicial alemana: se orienta claramente hacia sus precedentes, especialmente si provienen de órganos judiciales superiores. Esta "orientación a los precedentes", usando la terminología de Koch y Rüssmann<sup>93</sup>, tiene sus más determinantes manifestaciones en dos instituciones jurídicas ya analizadas: la prohibición de separación de los precedentes (*Abweichungsverbot*) y la obligación de establecer un modelo de interpretación (*Vorlagenpflicht*)<sup>94</sup>.

Aceptada la relevancia práctica de los precedentes queda por explicar el fundamento de su valor así como su uso en el razonamiento de los jueces. Para ello debo recordar que en esta investigación siempre está latente la tesis según la cual la actividad judicial se entiende como una actividad eminentemente argumentativa o si se quiere justificativa: la elección de una solución entre todas las posibles debe justificarse (*Begründungspflicht*).

Pues bien, en relación al valor y uso de los precedentes judiciales (la segunda tesis de este apartado), creo que el fundamento de los precedentes en la práctica judicial se encuentra en la anterior obligación de justificación. Tal afirmación no es extraña al derecho alemán sino que está en perfecta sintonía con el principio de igualdad del art. 3 I GG,

<sup>92</sup>Me refiero al enfoque dogmático y al de las fuentes del derecho.

<sup>93</sup>H.-J. KOCH, H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, citado, p. 187.

<sup>94</sup>Aunque ambas instituciones tengan como fundamento la unidad de la jurisprudencia no creo que sea este el mismo principio que justifique el uso de los precedentes.

que se debe interpretar como un *mandato de fundamentación de la diferencia*, según el cual un tratamiento desigual de casos semejantes debe siempre justificarse<sup>95</sup>.

Resumiendo, para una práctica judicial como la alemana orientada a sus precedentes (prohibición de separación y obligación de establecer un nuevo criterio) y para un razonamiento jurídico de carácter argumentativo, el uso de los precedentes consiste en una *obligación de justificar*. En otras palabras, citar los precedentes no significa tanto mencionar su contenido, sus argumentos, cuanto obligarse a dar razones que justifiquen dicha referencia, especialmente en el caso de abandono de los precedentes.

La metodología del uso de los precedentes como mandatos de justificación de la diferencia ha sido desarrollada por Gusy para quien este mandato se concretiza en:

- la obligación de establecer criterios interpretativos que sirvan a la fundamentación de la decisión judicial (*Pflicht der Dogmatik*);
- la obligación de considerar las decisiones precedentes para argumentar otras futuras (*Pflicht zur Konsistenz der Dogmatik*);
- la obligación, por último, de separarse de los criterios establecidos en decisiones precedentes fundamentando tal separación (*Fortentwicklung der Dogmatik*)<sup>96</sup>.

Kriele también enumera tres pasos para una correcta metodología de los precedentes judiciales cuyo contenido coincide con las tres obligaciones mencionadas por Gusy. En primer lugar se refiere Kriele a la orientación por máximas, es decir la necesidad de establecer la *ratio decidendi* del precedente; en segundo lugar menciona la consideración de esta máxima o *ratio*; y concluye con la imparcialidad del abandono de la misma lo que significa un abandono justificado<sup>97</sup>.

El destinatario del mandato del art. 3 I GG entendido como mandato de justificación de la separación de las decisiones, es el poder judicial de manera exclusiva. En este caso se puede decir que la vinculación de los precedentes es una autovinculación que sólo afecta a los jueces y tribunales del poder judicial.

---

<sup>95</sup>Esta interpretación del principio de igualdad como mandato de fundamentación de la diferencia ha sido propuesta por CH. Gusy en su obra "Richterrecht und Grundgesetz", citado, pp. 461 y ss. En relación al discurso jurídico y de manera similar, Alexy considera los precedentes judiciales como reglas de la carga de la argumentación, es decir, reglas que determinan quien debe justificar (véase R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 262 y ss.). Esta propuesta tiene un desarrollo particular en el capítulo dedicado a la teoría de Alexy.

<sup>96</sup>Cfr. CH. GUSY, "Richterrecht und Grundgesetz", citado, p. 468.

<sup>97</sup>Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, citado, pp. 326 y ss.

En definitiva, el contenido de la vinculación de los precedentes fundada sobre el principio de igualdad del art. 3 I GG significa que,

las decisiones futuras están vinculadas a las decisiones precedentes hasta el punto de no permitir su separación. Un derecho tal a la separación de las decisiones precedentes sólo se puede considerar cuando pueda invocarse una razón<sup>98</sup>.

La separación justificada de los precedentes significa de un lado la imposibilidad de ser iguales en la injusticia y de otro la obligación de la evolución del derecho judicial<sup>99</sup>.

## 8.6 El tratamiento jurisprudencial de los precedentes

Si el adecuado análisis teórico de los precedentes judiciales es aquel que destaca su valor o relevancia práctica, y en concreto su uso como mandato de justificación, a continuación analizaré la práctica judicial alemana para comprobar hasta qué sus propuestas coinciden con las ya analizadas.

### 8.6.1 El reconocimiento de su relevancia práctica

Sólo en contadas ocasiones la jurisprudencia alemana ha abordado explícitamente la naturaleza y el grado de vinculación de los precedentes. Sin embargo, y aunque falta un debate más amplio al respecto, el que hasta ahora ha tenido lugar en la práctica judicial alemana se ha caracterizado por la ausencia de referencias a la vinculación jurídica y el carácter fonticio de los precedentes judiciales. En otras palabras, la jurisprudencia alemana no ha acogido una discusión ni a propósito del tratamiento que reciben las decisiones por el derecho alemán (lo que significa un abandono del análisis que en su momento denominé "dogmático") ni tampoco a propósito de su carácter fonticio (con lo que se rechaza también el denominado análisis "teórico" de las fuentes del derecho). Por el contrario, lo que sí ha destacado en sus esporádicas referencias expresas a los precedentes judiciales es su importancia en la práctica judicial y en el razonamiento jurídico, o si se quiere, ha justificado su valor y uso mediante el derecho judicial, la función interpretativa de los órganos judiciales, la superación de las lagunas jurídicas y la formación del derecho.

---

<sup>98</sup>CH. GUSY, "Richterrecht und Grundgesetz", citado, p. 468.

<sup>99</sup>*Ibidem*.

En este sentido, un ejemplo de la importancia de las decisiones judiciales en la formación del derecho lo constituye la decisión del BGH 121, 116, de fecha 13 enero 1993. En este caso, el BGH reconoció al superviviente de una pareja de hecho el derecho a heredar un alquiler mediante la aplicación del §569 II 1 BGB (Código Civil alemán), disposición ésta por la que sólo se reconoce un derecho tal a las parejas unidas por matrimonio. El BGH estimó las pretensiones del recurrente e interpretó analógicamente el §569 II BGB.

Hay dos argumentos en la mencionada sentencia que explican el valor de las decisiones judiciales en la formación del derecho, o al menos el valor que el BGH les reconoce. En primer lugar, el Tribunal Federal justificó la interpretación analógica, y por lo tanto la creación de un nuevo criterio interpretativo (el reconocimiento de un derecho también a las parejas no unidas por vínculos matrimoniales), mediante la existencia de una *laguna jurídica*. Esta consistía no tanto en la falta de regulación al respecto, cuanto en una regulación poco clara. El legislador, según el BGH, había hecho depender el tratamiento jurídico de una relación de alquiler al *status* de familia. Precisamente este último concepto necesitaba clarificarse a la luz del incremento y aceptación social de las parejas de hecho. En segundo lugar, en la elaboración del nuevo criterio interpretativo (equiparación de las parejas de hecho y de derecho en lo que se refiere a la regulación del §569 II BGB) pesó la relevancia que tal criterio pudiera tener para la solución de *casos futuros*, preveyendo un incremento de las parejas de hecho y de los problemas jurídicos que puedan plantear en el ámbito del derecho privado.

Los dos argumentos mencionados de la decisión del BGH 121, 116 (superación de lagunas jurídicas y elaboración de criterios para la solución de casos futuros) coinciden con lo ya dicho a propósito de la justificación y formación del derecho judicial. Ya expliqué que el derecho judicial se ha justificado en la existencia de lagunas jurídicas y en su necesaria superación mediante la interpretación y aplicación del derecho. También señalé que esta actividad permitía la creación de reglas o criterios interpretativos que serán considerados (ya sea para seguirlos, modificarlos o anularlos) en la solución de casos posteriores. Estas coincidencias creo que refuerzan la tesis inicial según la cual la jurisprudencia alemana ha abordado el tema del valor y función de los precedentes en conexión al razonamiento jurídico y ha reconocido su importancia en la práctica judicial.

### 8.6.2 La valoración de su seguimiento

El mencionado reconocimiento judicial de la importancia práctica de los precedentes no puede entenderse, a pesar de la intuición de algunos juristas alemanes, como defensa de un

sistema de seguimiento esclavista<sup>100</sup>. Buena prueba de ello la ofrece la decisión del BVerfG 19, 38(47) según la cual el principio de igualdad del art. 3 I GG justifica un seguimiento de los precedentes si los casos (el anterior y el que se decide) son semejantes, al mismo tiempo que sanciona una separación que pueda conducir a decisiones incorrectas. Incluso llega a aclarar que el principio de igualdad no puede interpretarse como una prohibición de separación (prohibición que obligaría a reconocer un sistema "esclavista" de precedentes) porque de esta forma se obstaculizaría la correcta (y necesaria) evolución y formación del derecho.

En la misma línea de rechazo al sistema de vinculación "esclavista" de los precedentes, se encuentra la decisión del BVerfG 18, 224(237) en la que el Tribunal Constitucional alemán entiende como propio de la naturaleza de los altos tribunales, que en sus decisiones establezcan claramente los principios o los criterios de interpretación (*Vorlagen*), con el fin de facilitar de un lado su seguimiento en casos similares (y por lo tanto garantizar los principios de unidad y seguridad jurídica) y de otro lado su abandono (sirviendo así a la evolución del derecho). De nuevo hay que insistir que es precisamente es el ámbito de la evolución y formación del derecho donde más desarrollo ha tenido la discusión acerca de los precedentes judiciales alemanes.

En el análisis de la práctica judicial realizado por Wagner-Döbler y Philipps, utilizando la base de datos *Juris* se muestra que de las tres formas principales de citar los precedentes: seguimiento, distinción y abandono, es precisamente la segunda, la distinción o la modificación, la más común. Concretamente el análisis de las decisiones de los Tribunales Federales durante el año 1988 muestra que en el 90% de las referencias a decisiones precedentes se distinguió su contenido, mientras que su seguimiento y su abandono ocurrió en un 6% y en un 4% respectivamente<sup>101</sup>.

Con este último argumento creo que se puede cerrar la discusión a propósito de un seguimiento esclavista de los precedentes. Queda ahora por abordar la tarea más difícil: determinar el grado de seguimiento o de vinculación que la práctica judicial alemana haya atribuido a sus precedentes. Debido a la falta de reglas explícitas elaboradas por los jueces, el análisis del grado de vinculación de los precedentes judiciales exige una reconstrucción de aquellas reglas implícitas en las que los jueces parecen basar su práctica.

En el caso de la jurisprudencia constitucional, el BVerfG no atribuye un alto grado de vinculación a sus precedentes porque no los reconoce como derecho vinculante. En

<sup>100</sup>Esta tesis la sostiene Schlüchter en su obra *Mittlerfunktion der Präjudizien*, citado, p. 50.

<sup>101</sup>Cfr. R. WAGNER-DÖBLER y L. PHILIPPS, "Präjudizien in der Rechtsprechung: statistische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte", en *Rechtstheorie*, n. 23, 1992, pp. 237-8.

concreto, en su decisión 84, 212 (227) considera que los precedentes judiciales (salvo en el caso del §31 II BVerfGG) no tienen cabida en el art. 20 III GG que establece el sometimiento de poder judicial a la "ley y al derecho", y por lo tanto su separación o abandono no significa la violación del mencionado precepto constitucional. Ahora bien, otros principios constitucionales como la protección de la confianza, la igualdad y la seguridad jurídica fundamentan el seguimiento de los precedentes aunque sólo sea como elemento ilustrativo o como un extra en la argumentación jurídica.

En el caso de la jurisprudencia del BGH (que es la que más interesa a esta investigación), la posición del Tribunal Federal es, si se quiere, más arriesgada que la descrita para el BVerfG.

Por un lado, coincide con el BVerfG en el uso que se les deba reconocer en la práctica judicial, concretamente en la interpretación del derecho y en la formación y evolución de este. Las decisiones judiciales precedentes contienen criterios de interpretación de la norma que pueden utilizarse en situaciones posteriores cuando la similitud de los casos así lo recomiende. Por eso el tratamiento que ha recibido la prohibición de separación estaba vinculada a la obligación de establecer tales criterios de interpretación, una práctica también aceptada por el BVerfG.

Por otro lado, el BGH ha ido desarrollado otro uso de los precedentes en el razonamiento judicial del que no hay referencias en la jurisprudencia del BVerfG. El BGH inició este desarrollo con la decisión S5. 64(66ff) del año 1982. En ella, el Tribunal Federal se pronuncia sobre la correcta interpretación que "en los límites del sentido de la ley" corresponde a disposiciones normativas antiguas que experimentan la adaptación a los nuevos tiempos gracias a su interpretación y aplicación judicial. El BGH sostiene que los valores de seguridad jurídica y de protección de la confianza (*Vertrauensschutz*) deben encontrar un justo equilibrio con la evolución del derecho. Después añade que la ruptura de la continuidad de la jurisprudencia, es decir, el abandono de un precedente, ocurrirá si razones determinantes así lo indicaran. Esta práctica ha sido reiterada por el BGH en decisiones 106, 34(37), 125, 218(222) y 128, 85(91). En todas ellas, se rechaza un abandono o separación de los precedentes al considerar que no concurre razón determinante alguna.

Este uso de los precedentes (que ha sido denominado por Alexy como precedentes *prima facie* vinculantes)<sup>102</sup> se aproxima a la mencionada *obligación de fundamentación*.

---

<sup>102</sup>Cfr. R. ALEXY, R. DREIER, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, en *Interpreting Precedents. A comparative Study*, editado por N. MacCormick y R. Summers, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 30.

Significa que en los casos de separación de un precedente o de una línea de precedentes no basta con que el juez elabore un criterio interpretativo que sustituya al anterior, sino que tiene que valorar si existen o no razones determinantes para tal cambio. En otras palabras, el juez tiene que justificar el abandono, de manera que el uso del precedente se convierte en una obligación de fundamentación, en una regla que determina la carga de la argumentación.

Con la decisión del BGH 106. 169 (174) el Tribunal Federal alemán da un paso en la línea iniciada con su decisión 85, 64 y comienza a mencionar las razones que justifican el cambio de criterio interpretativo o el abandono de los precedentes. En concreto se refiere a la necesidad de solucionar cuestiones de dogmática jurídica de capital alcance, y resolver la incoherencia (si tal se diera) de los resultados alcanzados.

Este análisis de la jurisprudencia sirve para reconstruir las dos reglas implícitas que guían, a mi parecer, el uso de los precedentes en la práctica judicial del BGH. La primera es la aceptación del valor de hecho de los precedentes en el razonamiento jurídico en general y en la interpretación y evolución del derecho en especial. Este uso *interpretativo* de los precedentes explica la falta de referencias explícitas al carácter fonticio de los mismos o a su vinculación jurídica. La segunda regla destaca el valor de los precedentes en la justificación de las decisiones, concretamente en la justificación del abandono de los precedentes. En este caso, los precedentes son usados como una *técnica argumentativa* que consiste en *mandatos de justificación* de la diferencia, es decir, representa una *regla que determina la carga de la argumentación*<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup>Cfr. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 261 y ss.





## Capítulo 9

# El precedente en el sistema jurídico holandés

### Introducción

El motivo por el que decidí estudiar el sistema judicial holandés y concretamente el razonamiento jurídico del *Hoge Raad* y el uso de sus precedentes judiciales fue una particularidad del mismo sistema: no existe una jurisdicción constitucional que, como en el caso español y alemán, sea distinta a la jurisdicción ordinaria. Una particularidad como ésta debía influir en el modelo de razonamiento jurídico adoptado por el *Hoge Raad* (HR) —el órgano de casación holandés— así como a la función y al valor que atribuye a sus precedentes.

Para evaluar estos aspectos describiré, como en los capítulos anteriores, la líneas de la organización judicial holandesa, y pasaré luego a reconstruir el modelo de razonamiento jurídico desarrollado por el HR, y el tratamiento que reciben sus decisiones desde el punto de vista de su tratamiento jurídico, doctrinal y jurisprudencial.

El estudio del razonamiento jurídico del HR y de la casación holandesa tiene un doble interés. En primer lugar, el holandés es un ejemplo perfecto de la estrecha relación existente entre el modelo de razonamiento jurídico adoptado y el modelo de casación (y con este el de fundamento y uso de los precedentes); en segundo lugar, el estudio de este sistema jurídico ofrece la oportunidad de mostrar cómo, dentro de la familia formada por los sistemas de casación, existen formas distintas de entender el contenido de la casación y el papel del mismo órgano de casación en el sistema jurídico.

## 9.1 Las líneas de la organización judicial holandesa

Lo más llamativo del sistema judicial holandés, al menos para una jurista española, es, como acabo de mencionar, la inexistencia de una jurisdicción constitucional. La Constitución holandesa en su art. 120 establece que los órganos judiciales no podrán revisar la constitucionalidad de las leyes parlamentarias ni de los tratados<sup>1</sup>. Los órganos judiciales holandeses pertenecen pues a la jurisdicción ordinaria. Ésta ha adquirido una estructura compleja fruto de la pluralidad de órganos y la distribución de competencias.

Los órganos judiciales de la jurisdicción civil y penal están regulados por ley según mandato constitucional. No existe una jurisdicción de lo laboral cuya materia se debe entender atribuida a los órganos con competencia en materia civil. Por último la jurisdicción administrativa (o de lo contencioso-administrativo) tiene una estructura judicial distinta a la diseñada para la jurisdicción civil y penal.

Según la ley de organización judicial holandesa (*Wet op de rechterlijke organisatie* o RO) los órganos del poder judicial son:

- Tribunales de distrito o *Kantongerechten*. Son generalmente órganos judiciales unipersonales. Tienen competencia en materia civil, en contratos laborales y mercantiles y en derecho de propiedad.
- Tribunales regionales o *Arrondissementsrechtbanken*. Conocen recursos contra las decisiones de los tribunales de distrito, y en primera instancia de los asuntos civiles no atribuidos a éstos últimos y los asuntos penales.
- Tribunales de apelación o *Gerechtshoven*. Conocen en apelación las decisiones de los tribunales regionales.
- Corte Suprema o *Hoge Raad*, es órgano de casación y órgano superior del sistema holandés en materia civil (incluida la laboral), penal y tributaria. El HR está dividido en tres secciones principales: de lo civil, de lo penal y una tercera que se ocupa de materia tributaria y de expropiación. Hay una cuarta sección "menor" que

---

<sup>1</sup>Esta afirmación necesita, sin embargo, ser matizada. Si bien es verdad que los órganos judiciales sólo pueden revisar las normas jurídicas emitidas por órganos públicos que no sean el parlamento (municipios, provincias etc.), también es cierto que deben decidir no aplicar una norma parlamentaria cuando ésta contradiga dos tratados internacionales que son de ejecución inmediata: la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos

es competente en materia disciplinaria de los jueces. En primera instancia conoce las causas contra personas aforadas<sup>2</sup>.

En casación conocen de aquellos asuntos recurridos bien por quebrantamiento de forma o por violación de la ley (lo que incluye también el derecho consuetudinario). Ambos motivos de interposición repercuten en la función del HR: el control de la corrección del procedimiento judicial. En su competencia, el HR resolverá cuestiones jurídicas, quedando fuera del ámbito de la casación cualquier consideración sobre los hechos del asunto<sup>3</sup>. Esta concentración en los asuntos jurídicos hay que ponerla en relación con la unidad y evolución del derecho, funciones atribuidas a la doctrina del HR en virtud del art. 101a RO.

El HR, finalmente, decide por unanimidad y no hay lugar para los votos particulares. La decisión alcanzada anulará decisión casada, en cuyo caso dictará una decisión final, o bien remitirá el caso al tribunal inferior para que éste decida de nuevo.

La jurisdicción administrativa tiene una organización judicial distinta a la expuesta hasta ahora para lo civil y lo penal, y hasta la reforma de 1994 se caracterizaba por ser un complejo de órganos judiciales creados *ad hoc* según las exigencias de la sociedad<sup>4</sup>. Actualmente está organizada en torno a dos instancias: los órganos de primera instancia o *Rechtbanken* y el órgano de apelación o *Afdeling rechtspraak*.

## 9.2 Estilo y publicación de las decisiones del Hoge Raad

El estilo de las decisiones del HR está determinado, según Vranken, por tres aspectos: el estilo causal del razonamiento, el lenguaje utilizado y la poca atención otorgada a la

<sup>2</sup>Los miembros del Parlamento, los ministros y secretarios de Estado.

<sup>3</sup>No hay que interpretar la exclusión de los aspectos fácticos de un caso como un obstáculo para revisar una decisión jurídica cuya motivación sea incomprensible o incompleta precisamente porque hubo un error en la apreciación de los hechos. Resta añadir que esto no es una particularidad del sistema holandés.

<sup>4</sup>En 1902 se crearon los tribunales para la seguridad social o *Raden van Beroep* y para la apelación de sus decisiones se creó el *Centrale Raad van Beroep*. En 1914 la competencia en materia impositiva pasó a la jurisdicción civil y penal. En 1929 se crearon tribunales para los funcionarios, los *Ambtenarengerechten* con la apelación en el *Centrale Raad van Beroep*. En 1954 se estableció la corte de comercio e industria, *College van Beroep voor het bedrijfsleven*. Finalmente, en 1976 se creó el Consejo de Estado denominado *Afdeling rechtspraak* o *Raad van State*. Este tribunal tiene competencia en materia administrativa para casos individuales (véase J. CHORUS, P-H GERVER, E. HONDIUS, A. KOEKKOEK, *Introduction to Dutch Law. For Foreign Lawyers*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 24-25).

doctrina jurídica<sup>5</sup>.

Las decisiones judiciales reflejan un estilo eminentemente causal, con consideraciones breves sobre el derecho y austeras descripciones de los hechos jurídicamente relevantes para el caso. Punto por punto, dice Vranken, se llaman a la decisión los distintos elementos que integran una cadena de razonamiento lógico-causal.

Ahora bien, a diferencia del estilo de las decisiones de la *Court de Cassation* francesa que básicamente es el mismo desde hace 200 años, el HR ha experimentado una evolución que aproxima su forma de motivar las decisiones jurídicas al que lleva a cabo el *Bundesgerichtshof* alemán<sup>6</sup>, si bien ésta evolución es más acusada en la Sala de lo penal que en el resto. Desde hace unos 50 años, según Koopmans, se viene produciendo esta evolución en el estilo de las decisiones del HR que básicamente se puede resumir en la introducción de elementos argumentativos en una estructura lógico-deductiva del razonamiento, así como consideraciones a propósito de la evolución social o cultural de la sociedad<sup>7</sup>. La incorporación de estos elementos argumentativos no aproximan el estilo del HR a aquel de sus equivalentes británicos o americanos. Más bien, el HR, al igual que el BGH, apoya cada vez más la evolución de su jurisprudencia, sin que por ello se llegue a considerar ésta como fuente del derecho. En definitiva, el resultado son decisiones judiciales con menos elementos de autoridad y más abiertas a elementos *no legislativos* entre los que se encuentra la consideración de los precedentes.

El lenguaje utilizado por jueces y magistrados, continúa Vranken, es igualmente representativo del estilo judicial, de la forma en la que se expresa la evaluación y elección de soluciones y argumentos. Durante los últimos veinte años se puede apreciar una evolución del lenguaje jurídico más cercano al lenguaje normal. Dos logros explican tal evolución: el reconocimiento del papel del HR en la formación del derecho (un estilo más claro es esencial para *formar* el derecho), y la relevancia que cobra paulatinamente la consideración de los hechos como resultado de un modelo argumentativo centrado en la aplicación del derecho al caso concreto.

Finalmente, Vranken caracteriza el estilo de las decisiones del HR desprovisto de puntos de conexión con la doctrina jurídica. Pocas o ninguna son las referencias a la literatura jurídica que se pueden encontrar en las decisiones judiciales<sup>8</sup>. No debe existir, continúa

---

<sup>5</sup>Cfr. J.B.M. VRANKEN, *Algemene deel, Asser-Serie*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995, pp. 160 y ss.

<sup>6</sup>Cfr. T. KOOPMANS, "De Hoge Raad en buitenlandse hoogste gerechten", en *Juridisch stippelwerk*, editado por T. Koopmans, Kluwer, Deventer, 1991, p. 408.

<sup>7</sup>*Ibidem*, p. 409

<sup>8</sup>Algunos ejemplos en los que el HR sí recurre a opiniones doctrinales para justificar su decisión son:

Vranken<sup>9</sup>, una obligación de citar la doctrina jurídica, pero es evidente que su recurso mejoraría el estilo de las decisiones judiciales. El juez está vinculado al caso concreto que actúa como límite a la capacidad de generalización de la decisión. La función de la doctrina jurídica es, precisamente, la de teorizar y generalizar, identificar las cuestiones de fondo de un asunto, resumir sus aspectos y estructurar sus implicaciones y los principios involucrados. La simbiosis entre la doctrina judicial y la jurídica permitiría resolver un caso concreto sin perder de vista los aspectos más generales de la misma decisión.

Por lo que se refiere a la publicación de las decisiones del HR, ésta no se lleva a cabo mediante un periódico oficial. La colección *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ), entre otros, recopila y publica las decisiones del HR y de algunas cortes inferiores emitidas tanto en materia civil como penal, y ocasionalmente, también en materia financiera.

La publicación de las decisiones no se limita exclusivamente a la motivación y fallo del HR. Cada caso publicado en el NJ es un conjunto de otros escritos entre los que se encuentran:

- Nombre del órgano judicial cuya decisión se casa (ya sea el *Arrondissementsrechtbank* o el *Gerechtshof*. Bajo esta rúbrica se encuentra un resumen de los hechos del caso, así como la motivación y la decisión que se recurre en casación.
- *Cassatiemiddel*. Recoge el motivo (o motivos) con el que el recurrente fundamenta el recurso de casación ante el HR.
- *Conclusie A-G*. Son las conclusiones del abogado general, que realiza un informe sobre el valor (jurídico) de los hechos y de los motivos de la casación. Además sugiere al HR la decisión que debería alcanzarse. Este informe tiene una gran influencia en la decisión del HR.
- *Hoge Raad*. Ésta es la rúbrica que recoge la motivación y el fallo del HR. En casación sólo se verán cuestiones jurídicas, relativas a la evaluación de los motivos de casación propuestos por la parte recurrente.
- En algunas ocasiones se hace acompañar la publicación del *Noot*. En este último documento, un jurista de reconocido prestigio ya sea en ámbito académico o en el práctico, comenta e interpreta la decisión del HR utilizando para ello argumentos tanto doctrinales como jurisprudenciales. El comentario del *Noot* se añade al resto de documentos que se publican junto con la sentencia del HR en el NJ.

---

HR 21 enero 1994 (Ferdí E./Uitgeverij Spaarnestad), HR 30 septiembre 1994, y HR 13 enero 1995 (Ciba Geigy/Océ Optics).

<sup>9</sup>Cfr. J.B.M. VRANKEN, *Algemene deel*, citado, p. 162.

En los informes del abogado general y del secretario del tribunal que acompañan la publicación de la decisión judicial se pueden encontrar múltiples referencias a decisiones precedentes e incluso referencias doctrinales. En un caso, para el abogado general, se trata de argumentos que pretenden persuadir al propio HR; en otro caso, el del secretario general, las referencias a precedentes sirven más para presentar una línea de evolución del derecho o de ruptura de la misma.

### 9.3 La motivación de las decisiones

La Constitución holandesa establece en su art. 121 la obligación de motivar las decisiones judiciales. Además, el mandato constitucional ha sido interpretado por los jueces holandeses como parte inseparable del principio general "derecho a un juicio justo" reconocido también en la Constitución.

En la motivación, dominada por un estilo causal tal y como se indicó en el apartado anterior, aparecen conectados dos criterios esenciales. De un lado el *criterio jurídico* o el fundamento jurídico de la decisión. Toda decisión se fundamenta casi exclusivamente en una fuente jurídica reconocida por el sistema jurídico. En el caso de Holanda se consideran como fuentes jurídicas los tratados internacionales, las leyes emitidas por el Parlamento, los actos legislativos y los principios generales del derecho<sup>10</sup>. De otro lado, junto al fundamento jurídico, el juez debe indicar los *criterios fácticos* que lo llevaron a la elección de una fuente jurídica y no otra, en definitiva, el juez holandés, como cualquier otro juez continental tiene que justificar la elección del criterio jurídico mediante razones que no son jurídicas, si por éstas se entiende exclusivamente las de carácter fáctico<sup>11</sup>.

Este modelo de motivación no parece diferir del descrito en el caso de la jurisprudencia española, por ejemplo. Es el modelo que domina el razonamiento del HR, especialmente cuando éste sigue una línea de decisiones anteriores. Hay circunstancias que sí exigen, sin embargo, una motivación *diferente* (*gedifferentieerde motiveringsplicht*) por utilizar la expresión de Vranken<sup>12</sup>, tales como el tipo de derecho en cuestión (desde derecho a alimentos hasta derecho a la vida), la rama del derecho en la que sitúe el caso, o el estado de la discusión tanto a nivel judicial como doctrinal. La práctica judicial holandesa refleja que esta motivación diferente, o más elaborada si se quiere, ocurre en aquellos casos en

<sup>10</sup>Cfr. B.C. PUNT, "The Motivation of Judgments", en *Netherlands Reports to the X Congress of Comparative Law*, Kluwer, Deventer, 1978, p. 281.

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 290.

<sup>12</sup>Cfr. J.B.M. VRANKEN, *Algemene deel*, citado, pp. 148 y ss.

los que el HR asume su papel en la formación y evolución del derecho.

El modelo de razonamiento jurídico al que Vranken se refiere ha sido calificado por Hirsch Ballin como uno que ha evolucionado de la aplicación del derecho (*toepassingsjurisdictie*) a la jurisprudencia de intereses (*belangenjurisdictie*)<sup>13</sup>. Con ello se quiere destacar el hecho de que el juez holandés introduzca en el razonamiento jurídico consideraciones acerca de los *intereses* que aparecen involucrados en un *caso concreto*. A esta conclusión llega Hirsch Ballin después de analizar las decisiones judiciales del HR emitidas en los años 1951/1952 y 1987.

Este razonamiento ha tenido una consecuencia inmediata: el cambio de posición del HR respecto al legislador<sup>14</sup>. El juez holandés no se considera vinculado a la ley (al imperio de la ley), o mejor dicho no cree que esté vinculado al balance de intereses que el legislador planteó y resolvió en su momento cuando emitió una ley concreta. La vinculación del juez es al caso concreto, es a los principios o intereses que están en conflicto en el caso concreto.

La evolución hacia la jurisprudencia de intereses, que según Hirsch Ballin es lenta pero innegable<sup>15</sup>, permite observar en este período *de adaptación*, la coexistencia de dos tipos de decisiones judiciales a las que corresponden dos formas distintas de razonamiento jurídico. Un primer bloque lo formarían las decisiones del HR cuyo principal elemento es la aplicación de la ley (*wetstoepassing*), su interpretación o búsqueda de significado. Este grupo, señala Hirsch Ballin, está en progresiva disminución frente a aquel otro formado por las decisiones judiciales cuyo elemento esencial es la consideración y evaluación de los intereses que aparecen involucrados en el caso concreto<sup>16</sup>.

Lo más novedoso del razonamiento jurídico basado en el caso concreto y por lo tanto en la evaluación de las circunstancias e intereses más relevantes del caso, es la fuerte medida en la que el sistema de normas jurídicas tiene relación con los principios (con la moral).

---

<sup>13</sup>Cfr. E.M.H. HIRSCH BALLIN, "Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de nederlandse rechtsorde", en *De Hoge Raad der Nederlanden: de plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, pp. 211 y ss. El término holandés *belang* puede traducirse como *principio* o bien como *interés*. He elegido el último por ser la traducción más (filológica) más directa, sin embargo se pueden utilizar indistintamente para indicar el núcleo de la *belangenjurisdictie*: las aquellas circunstancias o aspectos relevantes de un caso concreto.

<sup>14</sup>*Ibidem*, p. 228.

<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 228.

<sup>16</sup>*Ibidem*, pp. 221 y ss. En el período de 1951/1952, de las 22 decisiones analizadas por Ballin 18 corresponden a la categoría de aplicación de la ley y sólo 4 a conflictos de intereses o principios. En el año 1987 la cifra se invierte y así de las 15 decisiones analizadas 10 pertenecen a la jurisprudencia de intereses y sólo 5 a la aplicación de la ley.

El juez se refiere a los principios no de manera explícita en su razonamiento. Es decir, podrá usar normas abiertas o conceptos vagos o incluso lagunas jurídicas para justificar la necesidad de acudir a consideraciones sobre los principios. Del balance de principios o intereses que realiza el juez éste pretende elaborar una regla jurídica que se aplicará al caso concreto para su resolución.

Para ejemplificar este modelo de razonamiento basado en intereses acudiré a un famoso caso de asistencia al suicidio y eutanasia que resolvió en casación la Sala de lo penal del HR. me refiero al caso *Chabot* de 21 de junio 1994, NJ 1994, 656<sup>17</sup>.

El recurso de casación fue interpuesto contra la decisión de la Corte de Apelación de Leeuwarden que absolvió al acusado, un psiquiatra que suministró a una de sus pacientes, la sra. M. una droga letal a petición de ésta. La acusación que pesaba contra él era de asistencia intencionada al suicidio de otra persona.

La paciente del acusado sufría desde años un cuadro depresivo muy grave, había renunciado a la ayuda especializada y ya había intentado, sin éxito, suicidarse. La sra. M. manifestó a todos su deseo de morir, pero desistió de intentar de nuevo el suicidio por miedo a un segundo fracaso, lo que la obligaría a ser internada, en contra de su voluntad, a un centro psiquiátrico o a recuperarse con algún tipo de discapacidad física. Este miedo no disuadió a la sra. M. que persistió en su deseo de morir de una manera humana. Así entró en contacto con la Asociación Holandesa para la Eutanasia Voluntaria y con el psiquiatra que posteriormente fue acusado de cometer el delito de asistencia al suicidio de otra persona. Después de varias sesiones con la sra. M, para el psiquiatra no había duda de que su paciente sufría cuadros depresivos, y que según la experiencia del mismo psiquiatra no existía una terapia adecuada, la que podía ofrecer era a largo plazo y con posibilidades de mejoría muy escasas. La sra. M. solicitó a la Asociación Holandesa para la Eutanasia Voluntaria la asistencia al suicidio y ésta fue considerada muy seriamente por el psiquiatra que finalmente le proporcionó la droga.

El psiquiatra fue absuelto por el Tribunal de Leeuwarden del delito de asistencia intencionada a otra persona para que ésta cometa suicidio ya que a pesar de que el art. 294 del Código Penal holandés condena la asistencia al suicidio, el acusado actuó (esta fue la defensa del psiquiatra) en estado de necesidad. La sentencia fue recurrida en casación ante el Hoge Raad del que se solicitaba un juicio sobre la legalidad de la defensa del acusado (el estado de necesidad) y si los hechos justificaban la decisión tomada por el Tribunal de Apelación.

---

<sup>17</sup>Este interesante caso ha sido traducido al inglés por J. GRIFFITHS, "Assisted Suicide in the Netherlands: The Chabot Case", en *The Modern Law Review*, 1995, vol. 58, pp. 232 y ss.



En principio parecía claro que en el caso *Chabot* el recurso sería estimado y la parte recurrida, el psiquiatra, considerada culpable, puesto que el HR acepta como hechos probados que el acusado asistió a la sra. M. para que ésta cometiera suicidio, y el art. 294 del Código Penal holandés condena dicha asistencia. Sin embargo, lo que se planteaba en casación no era una violación de la ley (del art. 294 del Código Penal holandés) sino si la defensa del acusado, es decir el estado de necesidad, se había realizado y solucionado conforme al derecho. De hecho (y éste fue el fallo del caso) el HR rechazó la defensa del estado de necesidad que hizo la parte recurrida, y puesto que no utilizó otros medios de defensa, el HR considera al psiquiatra culpable<sup>18</sup> aunque no lo condena a ninguna pena de acuerdo con el art. 9.a del Código Penal<sup>19</sup>.

La motivación que el HR elabora para el caso *Chabot* comienza diciendo que,

durante la década anterior [se refiere a los años '80] ha habido un debate público sobre la prohibición de la eutanasia y la asistencia al suicidio, lo que incluía la cuestión de si el art. 294 del Código Penal se debería revisar. Este debate no ha conducido, sin embargo, a ninguna revisión.

El HR, por lo tanto, debe juzgar el caso contando con que existe una prohibición de asistencia al suicidio que no ha sido modificada.

Sin embargo el HR continúa diciendo,

*las circunstancias de un caso particular pueden hacer que la asistencia al suicidio, y lo mismo con la eutanasia, puedan ser consideradas como justificables*<sup>20</sup>.

De esta manera creo que lo que parecía un caso fácil de aplicación de una norma jurídica se convierte en un caso bandera de lo que Hirsch Ballin denomina la jurisprudencia de intereses. El HR haciéndose eco del debate público sobre la eutanasia y la asistencia al suicidio, y anticipándose al legislador elabora una regla jurídica para resolver casos de asistencia al suicidio cuando el paciente sufra una enfermedad de carácter no somático. Esta regla es el resultado de una evaluación y balance de los principios o intereses del caso concreto. Existe lo que Hirsch Ballin considera una fuerte conexión entre las normas

---

<sup>18</sup>Creo esencial subrayar que en el caso *Chabot* el HR no aplicó en ningún momento el art. 294 del Código Penal holandés, y que si declaró culpable al acusado fue porque, como luego tendré lugar de ampliar, consideró que el estado de necesidad que alegó no estaba construido correctamente.

<sup>19</sup>Según el artículo 9.a del Código Penal, el HR puede, dependiendo de "la gravedad de los hechos, la personalidad del acusado o las circunstancias en las que se cometió el delito, no imponer ninguna pena o medida".

<sup>20</sup>La cursiva es mía.

jurídicas y los principios. Tal conexión no suele ser explícita y tampoco en el caso *Chabot* lo es. Será el *estado de necesidad* el instrumento formal elegido para traer al razonamiento jurídico consideraciones de tipo principalista<sup>21</sup>.

Dos razones me conducen a pensar que el caso *Chabot* es un caso de jurisprudencia de intereses.

- El HR atiende a las circunstancias del caso concreto. Como he indicado anteriormente el juez que sigue un modelo de razonamiento determinado por la consideración de principios o intereses, se siente vinculado no tanto a la ley, a la norma, como al caso concreto.

De esta manera el juez pretende realizar un balance de los intereses que según las circunstancias del caso están en conflicto, para obtener de su solución la regla aplicable al caso<sup>22</sup>. De hecho uno de los motivos aducidos en casación fue el que no se pudiera justificar la asistencia al suicidio cuando el paciente sufre una enfermedad no somática y no está en fase terminal. El HR rechazó este motivo por considerar que la justificación o no de una acción (en este caso del estado de necesidad) depende del "balance y evaluación que el propio juez haga de las *circunstancias particulares del caso*"<sup>23</sup>.

- Una vez que el juez declara su vinculación al caso concreto, éste pasa a construir el conflicto de principios más relevantes del caso concreto, a partir del cual elaborará la regla aplicable.

El HR da este paso en el caso *Chabot* al mencionar que el acusado actuó en estado de necesidad y que por lo tanto "había dos grupos de intereses (o principios) en conflicto: de un lado la obligación a preservar la vida de un paciente y de otro la obligación como médico de evitar el sufrimiento insoportable y sin posibilidad de mejora de un paciente".

---

<sup>21</sup>Puede que después de leer las siguientes páginas el lector me acuse de confundir el estado de necesidad con el balance de intereses. No creo, sin embargo, que haya cometido este error, sino que me he limitado a interpretar (pienso que correctamente) la intención del HR de acudir a la institución *estado de necesidad* como vehículo de un modelo de razonamiento jurídico que considera los hechos y los principios o intereses de un caso concreto.

<sup>22</sup>Merece especial atención la distinción entre norma y regla o si se quiere entre la norma válida y la norma aplicada. Es evidente el paralelismo con la propuesta teórica de K. Günther analizada en el Cap. 4 de esta investigación, y que gira en torno a la de la descripción del caso en sus aspectos relevantes (a fin de aplicar la norma válida adecuada al caso), siendo estos aspectos relevantes no de carácter fáctico sino principalista.

<sup>23</sup>La cursiva es mía.

Las especiales circunstancias del caso (el que la enfermedad fuera no somática, que la asistencia al suicidio no esté categóricamente excluida) no excluye el estado de necesidad sino que obliga al juez a analizarlo con mayor detenimiento y cuidado.

El HR llega así a formular la regla que se aplica al caso.

En el caso en que el sufrimiento del paciente esté causado por una enfermedad o condición no somática, el juez debe resolver cuidadosamente si en las circunstancias del caso la asistencia al suicidio se puede justificar como una actividad realizada en estado de necesidad.

El criterio del que hace depender el HR la fundamentación del estado de necesidad para "estos casos es, entre otras cosas" el juicio de un médico independiente que haya examinado al paciente. Ello para probar de un lado, que el sufrimiento de la paciente es insoportable y sin ninguna posibilidad de mejora; y de otro lado, que la paciente ha solicitado la asistencia al suicidio de manera voluntaria y consciente.

En el caso *Chabot* no hubo un segundo informe médico sobre la enfermedad de la paciente y el grado de consciencia con la que la sra. M. solicitó la asistencia al suicidio. Por ello el HR estima que la defensa de estado de necesidad alegada por el acusado no está bien construida al carecer el tribunal de elementos para evaluar los hechos. Como el acusado no sostuvo alguna otra defensa alternativa al estado de necesidad, el HR se ve obligado a condenarlo por asistencia intencionada al suicidio. Ahora bien, como ya he dicho, no le impone pena alguna en virtud del art. 9.a del Código Penal holandés.

Una decisión como el caso *Chabot* puede evaluarse desde distintos puntos de vista. Sin embargo para la tesis que pretendo sostener respecto a la función del juez holandés<sup>24</sup> quisiera destacar sólo algunos puntos.

- En un modelo de razonamiento como el desarrollado en el caso *Chabot* el juez holandés está vinculado al caso concreto tanto por lo que se refiere tanto al derecho, cuanto a los hechos y a los intereses involucrados (las circunstancias relevantes del caso).
- La función del juez es la aplicación del derecho y por lo tanto de los principios jurídicos que lo integran. Los principios no son categorías *all-or-nothing* como lo son las normas jurídicas, por lo que su aplicación depende de la concreta evaluación

---

<sup>24</sup>Creo que el modelo de razonamiento utilizado por los jueces holandeses tiene un carácter eminentemente argumentativo y evaluativo que lo acerca más a la figura del juez anglosajón que a la del juez continental.

y balance que realice el juez dependiendo de las circunstancias del caso concreto. El resultado de tal evaluación y consideración de principios es la elaboración de una regla que se aplica al caso concreto.

En este momento me parece absolutamente imprescindible para entender el razonamiento jurídico del HR acudir a la teoría de la apropiada aplicación de Günther<sup>25</sup>, ya que ambos coinciden en que la aplicación del derecho consiste en la consideración de aquellas circunstancias relevantes del caso concreto. La idea central es que las normas jurídicas a pesar de estar justificadas y por lo tanto ser válidas, no contiene su propia aplicación puesto que no existe una norma ideal tal que prevea todas las circunstancias del caso concreto<sup>26</sup>. La aplicación de una norma jurídica tiene que considerar, por lo tanto, junto a la validez de la norma, las circunstancias del caso concreto. En este sentido el HR en el caso *Chabot* sigue las indicaciones de Günther, es decir, que junto a la validez de la norma jurídica (el art 482 del código penal) considera las circunstancias relevantes del caso, y entre ellas los principios o intereses que están en conflicto. El resultado, como ya he indicado, es la elaboración de una regla jurídica que se aplica al caso<sup>27</sup>.

Un modelo de razonamiento como el anterior que considera los principios jurídicos de un caso y que paulatinamente se va imponiendo en la función judicial tiene, entre otras, una consecuencia esencial en lo referente al uso de los precedentes en el razonamiento jurídico: la relativa a su *fundamento* y a su uso.

De un lado porque el resultado de la aplicación del derecho es la creación de reglas jurídica que pueden aplicarse a casos en los que las circunstancias relevantes sean semejantes. De otro lado, el juez considerará estas reglas, es decir sus precedentes, no porque sean consideradas como normas autoritativas sino porque tiene que aplicar el derecho de una manera coherente<sup>28</sup>.

## 9.4 Tratamiento jurídico de los precedentes

Desde el punto de vista del tratamiento que el sistema jurídico holandés otorga a los precedentes judiciales, la respuesta no es ni unívoca ni clara, y en esto coincide con el sistema español y alemán. De hecho la tesis que quisiera sostener en este apartado es que el sistema jurídico holandés no justifica ni la vinculación de los precedentes ni tampoco

<sup>25</sup>Véase K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, citado.

<sup>26</sup>Cfr. K. GÜNTHER, "The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law", citado, p. 445.

<sup>27</sup>Günther diría que ésta es la apropiada aplicación de la norma.

<sup>28</sup>Véase lo dicho en el apartado 4.7.

la irrelevancia de éstos. En definitiva, si se quiere encontrar una respuesta a la pregunta sobre el fundamento del uso de los precedentes, estoy convencida que hay que ir más allá del propio derecho codificado.

La forma más "elemental" de afrontar la cuestión sobre si el ordenamiento jurídico ofrece o no un fundamento para el uso de los precedentes, es preguntarse si el derecho codificado los reconoce o no como fuente del derecho. El problema de plantear la cuestión en estos términos es que se confunde, creo, el fundamento del uso de las decisiones precedentes con el fundamento de su vinculación.

La respuesta, de todas formas, a la pregunta anterior suele ser negativa, también para el sistema jurídico holandés. Son fuentes del derecho, en sentido formal y según el derecho codificado holandés, el derecho legislado, la costumbre y los tratados internacionales. Por lo tanto habría que concluir que los precedentes no tienen fuerza vinculante.

Esta forma de resolver el problema sobre el fundamento de los precedentes no me parece equivocada pero sí insuficiente. Efectivamente ni los precedentes ni la doctrina son fuentes del derecho en el sentido de que el ordenamiento jurídico no les reconoce fuerza vinculante. Pero es innegable que ambos son instrumentos utilizados por el juez en su razonamiento. Por lo tanto, creo que habría que preguntarle al ordenamiento jurídico no tanto sobre el *fundamento de la vinculación* de los precedentes, como sobre el *fundamento del uso* de los precedentes.

A esta cuestión, el derecho codificado holandés no ofrece una respuesta, como he dicho anteriormente, ni unívoca ni clara.

El derecho holandés ha atribuido cierta relevancia jurídica a las decisiones del HR por lo que respecta a su papel en la unidad y formación del derecho. La Constitución holandesa ha dedicado más atención a la organización judicial que al valor de las decisiones, por eso la valoración del tratamiento jurídico que reciben se centra en el art. 1954 del Código Civil holandés, y los arts. 11 y 12 AB (Ley de Condiciones Generales). En general éstos argumentos han sido utilizados por la doctrina holandesa para refutar vinculación o relevancia de los precedentes en el sistema jurídico. Un análisis más detenido muestra, sin embargo, que poco o nada tienen que decir acerca de las decisiones judiciales precedentes.

- A estos argumentos pertenece el art. 1954 BW (*Burgerlijk Wetboek* o Código Civil) según el cual los efectos vinculantes de las decisiones judiciales se limitan exclusivamente a las partes del caso. Este artículo se ha interpretado como un claro rechazo a la doctrina del *stare decisis* en el sistema jurídico holandés. Sin embargo una lectura más atenta del art. 1954 BW muestra que lo que se está regulando no es la validez

o no del *stare decisis* (de la vinculación de los precedentes) sino la *res judicata* del caso<sup>29</sup>.

- A la misma línea de argumentación contraria a la vinculación y uso de los precedentes pertenece el art. 12 AB (*Wet Algemene Bepaling*)<sup>30</sup>. Según ésta, el juez no puede decidir sobre el asunto a él sometido mediante decreto general, regla o regulación. Lejos de interpretar tal disposición en relación a los precedentes judiciales, a mi entender el art. 12 AB regula de un lado la *res judicata* de un caso y de otro lado la división de poderes entre el legislativo y el judicial<sup>31</sup>. Es precisamente la regulación de la división de poderes lo que convierte el art. 12 AB en una disposición normativa superflua e innecesaria ya que es la misma Constitución Holandesa la que consagra tal principio.
- Por último, el art. 11 AB ha sido (mal) utilizado en el mismo sentido que los dos argumentos expuestos anteriormente. En este caso se trata de una disposición que obliga a los jueces a aplicar la ley sin entrar a juzgar su contenido. No es a mi entender, una regulación en contra del uso de los precedentes sino sobre las decisiones judiciales *contra legem*. Sobra decir que estas decisiones sin embargo son fundamentales para la evolución del derecho y que por lo tanto son utilizadas en la solución de casos futuros.

Creo que ninguno de los argumentos anteriores ofrecidos por el derecho codificado holandés merece ser utilizado en relación a los precedentes judiciales. En primer lugar porque arrojan un resultado ya conocido pero carente de interés: que los precedentes judiciales no son vinculantes en el sentido que lo son en el derecho anglosajón. En segundo lugar porque parece posible, según el derecho codificado, un uso no vinculante de los precedentes (cualquiera que éste sea) pero el derecho holandés no establece nada acerca de en qué consiste y menos aún cuál es el fundamento de tal uso.

El cuadro de las posibles respuestas que el derecho codificado holandés ofrece al problema de los precedentes se completa con el art. 13 AB. En este caso se trata de una

---

<sup>29</sup>La diferencia es que mientras que la *res judicata* de una decisión sólo tiene efectos para el caso concreto, el *stare decisis* funciona como una regla o norma jurídica y por lo tanto es aplicable en casos futuros.

<sup>30</sup>Esta ley contiene los principios generales sobre legislación para el Estado holandés.

<sup>31</sup>También la división de poderes y la distinción (más dogmática que real) entre creación y aplicación del derecho se han sostenido como argumentos para rechazar la vinculación e incluso el uso de los precedentes. Sin embargo, en la sección siguiente presentaré este argumento como una posible fundamento del uso de los precedentes.

respuesta afirmativa al uso de los precedentes ya que según esta disposición, el juez está siempre obligado a resolver el caso que se le haya sometido incluso en ausencia de ley aplicable. Efectivamente en supuestos en los que la ley es incompleta u oscura el juez deberá resolver el caso usando, incluso, los precedentes.

Tampoco este último argumento del derecho codificado es una respuesta suficiente, en este caso, a la fundamentación del uso de los precedentes judiciales. Si se interpreta como un reconocimiento del uso de estos en el razonamiento jurídico me parece una respuesta carente de novedad.

En definitiva la respuesta acerca del fundamento y uso de los precedentes en el sistema jurídico holandés se tiene que elaborar entre un no reconocimiento de su fuerza vinculante (en el sentido anglosajón) según el art. 12 AB y un reconocimiento de su uso en el razonamiento jurídico según el art. 13 AB. Por lo que hay que concluir que el derecho codificado más que dar una respuesta, ofrece un abanico de posibles soluciones.

Creo que el derecho codificado no es el ámbito adecuado para solucionar el problema del fundamento y uso de los precedentes. Por eso siempre, en esta materia, hay que abandonar un análisis dogmático y adoptar otro más teórico.

## 9.5 Un abanico de fundamentos teóricos

En este apartado quiero presentar las principales líneas teóricas con las que la doctrina holandesa explica el valor de los precedentes en el sistema jurídico holandés y justifica su uso en el razonamiento jurídico. Se trata concretamente de tres análisis, el primero realizado por J. Drion y basado en el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico; el segundo ha sido elaborado por Jessurun D'Oliveira y se centra en el fundamento normativo de los precedentes en el sistema jurídico holandés; el tercero (y quizás el que más haya influido al HR) es el realizado por Scholten que analiza el problema del uso y fundamento de los precedentes desde la perspectiva de la función del juez en el sistema jurídico.

### 9.5.1 El mejor de los comienzos: la obra de J. Drion

De entre las obras y autores holandeses que han estudiado con mayor profundidad el uso y el fundamento de los precedentes en el sistema jurídico holandés, yo destacaría a J. Drion<sup>32</sup>. La suya es una de las primeras obras que abordaron el problema de los

<sup>32</sup>Me refiero a su obra *Stare decisis. Het gezag van precedenten*, Martinus Nijhof, Den Haag, 1950.

precedentes y que ha servido para establecer los términos en los que ha discurrido hasta ahora la discusión acerca del valor y uso de los precedentes judiciales.

A mediados de este siglo la preocupación fundamental en relación a los precedentes se centraba en el análisis comparativo de los sistemas jurídicos anglosajón y continental. La gran mayoría de estos estudios arrojaban la misma conclusión: una doctrina como la del *stare decisis* (la absoluta vinculación de los jueces a los precedentes) no tiene lugar en los sistemas jurídicos continentales, puesto que la división de poderes hace impensable que los jueces creen el derecho y mucho menos que estén vinculados a sus decisiones judiciales.

Efectivamente, si la discusión sobre los precedentes se centra en el valor fonticio de los mismos, hay que estar de acuerdo con la anterior conclusión y rechazar la posibilidad de que los jueces continentales estén vinculados a sus decisiones precedentes.

La discusión acerca de la doctrina del *stare decisis* y de su valor en el sistema jurídico holandés es también el punto de partida de la obra de J. Drion. Sin embargo, y a contra corriente, él llega a la conclusión de que en el derecho holandés los precedentes son *vinculantes en principio* (son vinculantes *prima facie*) y por lo tanto la regla del *stare decisis* tiene valor en el sistema holandés. El hecho de que J. Drion llega a tan inusual resultado (al menos inusual para la época) se debe a un cambio en el criterio de comparación de la regla del *stare decisis* en el sistema jurídico inglés y holandés ya que no se refiere a la creación del derecho en uno u otro sistema sino al *uso* de los precedentes en el razonamiento jurídico. A pesar de que el derecho holandés no se forme a través de las decisiones judiciales, indica J. Drion, lo cierto es que en la práctica se constata su uso continuado por los jueces y, especialmente, cuando éstos tienen dudas sobre la aplicación del derecho.

Según J. Drion los argumentos que justifican el uso de los precedentes son de distinta naturaleza. Principios tales como la igualdad formal, la unidad del derecho y la seguridad jurídica sirven para justificar el uso vinculante de los precedentes y por lo tanto la vigencia de la regla del *stare decisis*. También el recurso de casación justifica que los jueces inferiores sigan las decisiones del HR. Por último, y ésta es la mayor aportación de J. Drion, la vinculación se debe entender *en principio* o *prima facie*, porque el caso contrario, es decir, la vinculación incondicional tiene como fatal consecuencia el anquilosamiento del sistema jurídico, la "pereza" del mismo para usar la expresión de J. Drion.

Proponer, como lo hace J. Drion, una vinculación *en principio* es proponer una vinculación condicionada, de manera que la siguiente pregunta es acerca de tales condiciones. En este sentido, J. Drion distingue entre las condiciones para la no vinculación y para vinculación de los precedentes. El juez no está vinculado al precedente si considera que la



*ratio decidendi* contiene una regla injusta; mientras que sí está vinculado si el contenido de la regla es de gran importancia, o si ésta tiene un contenido principalista.

La teoría de J. Drion sobre la vinculación *en principio* de las decisiones judiciales es, como he señalado anteriormente, el primer estudio realizado en Holanda sobre el valor y el uso de los precedentes. Las críticas que recibió estaban dirigidas, precisamente, al valor vinculante de los mismos, a la tesis según la cual se puede sostener la vinculación de los precedentes y la validez de la regla del *stare decisis* en el sistema holandés.

A pesar de estas críticas, la obra de J. Drion me parece de sumo interés ya que ofreció a las investigaciones posteriores una serie de pautas teóricas que desde mi punto de vista son las más adecuadas para afrontar con cierta rigurosidad el tema del uso y justificación de los precedentes judiciales.

- La primera de estas pautas bien pudiera ser el interés de abordar el tema de los precedentes en los sistemas jurídicos continentales desde el punto de vista del uso de los mismos en el razonamiento jurídico. En este sentido J. Drion indica que a pesar de que la formación del derecho holandés no se haga por vía judicial lo cierto es que los jueces usan los precedentes. La práctica judicial indica que hay una cierta vinculación a los precedentes si con ella se quiere hacer referencia a su uso.
- En segundo lugar, el uso de los precedentes no se debe confundir con un seguimiento incondicional, sino todo lo contrario, abierto a la posibilidad de su abandono. El mérito de J. Drion es que considera que el seguimiento y el abandono de los precedentes son las dos caras de la misma moneda: la vinculación, o si se quiere el uso de los precedentes.
- Como he indicado anteriormente, el seguimiento o abandono de los precedentes dependen de la evaluación que de su contenido haga el propio juez. Con ello quiero destacar la que a mi entender es la más valiosa aportación de J. Drion y que él mismo resume en la siguiente frase:

Los precedentes permanecen en silencio hasta que alguien sabe que están vivos y coleando<sup>33</sup>.

El valor de los precedentes en el razonamiento jurídico lo determina el propio razonamiento jurídico que exige la motivación tanto de su seguimiento como de su abandono y por lo tanto la motivación sobre la valoración del contenido del mismo precedente.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 168.

En resumen, la tesis que sostiene J. Drion, que es la que más se aproxima al modelo defendido en el Cap. 6, consiste en que los precedentes se usan o son vinculantes sólo cuando el juez entra a valorar su contenido y motiva razonadamente tanto su seguimiento como su separación. Por lo tanto, el fundamento de tal uso no es otro que el mismo razonamiento jurídico.

### 9.5.2 Mirando al sistema anglosajón

Otro de los estudios sobre el precedente y su fundamento en el sistema jurídico holandés que más ha influido en la doctrina, es el de Jessurun D'Oliveira<sup>34</sup>. En este caso se trata de un estudio más centrado en fundamento normativo de la regla del *stare decisis* en el sistema jurídico holandés que en el uso de los precedentes en el razonamiento jurídico.

Jessurun D'Oliveira comienza su análisis de los precedentes con un análisis comparativo entre el sistema jurídico inglés y el holandés. Compara no tanto el uso de los precedentes como el reconocimiento normativo de la regla del *stare decisis* en uno y otro sistema<sup>35</sup>. Mientras que en el derecho anglosajón el precedente o mejor la *ratio decidendi*, es una regla jurídica con autoridad normativa y por lo tanto vinculante, en el derecho holandés, sin embargo, no se reconoce tal autoridad normativa a los precedentes.

A pesar de la anterior conclusión, Jessurun D'Oliveira quiere llegar más lejos en su investigación. Que el derecho holandés no reconozca el valor normativo de los precedentes no significa que éstos carezcan de fuerza vinculante. En este sentido la estrategia (teórica, se entiende) de Jessurun D'Oliveira es utilizar la regla de reconocimiento hartiana<sup>36</sup> para justificar la autoridad normativa de los precedentes. Es decir pretende elaborar una regla de reconocimiento no desde el sistema jurídico sino desde la práctica judicial. Aunque sea esencial justificar los precedentes fuera del derecho codificado, discrepo con el hecho de que tal justificación esté orientada al reconocimiento del valor vinculante, en lugar de a su uso como argumento en el razonamiento jurídico.

Del análisis de la práctica judicial, Jessurun D'Oliveira llega a dos conclusiones.

- Cuando jueces y tribunales mencionan decisiones precedentes, éstas se utilizan como un argumento extra en la motivación de los jueces. Este uso puede ser entendido como una utilización rudimentaria del *stare decisis* pero en ningún caso, se puede

<sup>34</sup>Véase H.U. JESSURUM D'OLIVEIRA, "De meerwaarde van rechterlijke uitspraken", en *Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking*, n. 10, Kluwer, Deventer, 1973.

<sup>35</sup>*Ibidem*, p. 39-40.

<sup>36</sup>*Ibidem*, p. 41-42.

confundir con una incorporación de la *ratio decidendi* a la decisión o al reconocimiento de la autoridad jurídica de los precedentes.

- Los jueces holandeses utilizan los precedentes de una manera muy libre de manera que no hay una obligación de carácter normativo sobre su seguimiento o no.

Jessurum D'Oliveira concluye que no hay indicios en la práctica judicial de la existencia de una regla de reconocimiento sobre la vinculación de los precedentes y por lo tanto es imposible sostener la regla del *stare decisis* en el derecho holandés.

Desde mi punto de vista, el error que comete Jessurum D'Oliveira en su análisis es sostener (aunque no explica por qué) una fuerte distinción entre el uso de los precedentes que los jueces holandeses realizan y el fundamento normativo o reconocimiento de su valor vinculante por el sistema jurídico holandés. Precisamente, las dos conclusiones a las que él llega sitúan la investigación sobre los precedentes en una línea sin salida, puesto que en la mayoría de sistemas jurídicos continentales no existe una regla que reconozca el carácter vinculante de las decisiones previas.

Si investigar el fundamento jurídico de los precedentes lleva a resultados un tanto frustrantes, como en el caso de Jessurum D'Oliveira, es más fructífero otro tipo de análisis que como el de J. Drion se centren en el uso mismo de los precedentes.

### 9.5.3 Volviendo la mirada al continente

En este apartado analizaré la obra de Paul Scholten para presentar una línea teórica según la cual el valor y uso de los precedentes lo determina la función y posición de los jueces en relación con el legislativo (y el ejecutivo).

Siguiendo lo que viene siendo habitual al analizar el valor de las decisiones judiciales en sistemas jurídicos continentales, también Scholten hace un análisis comparado entre el sistema inglés y el holandés. Para ser más exactos, Scholten compara la relación entre el juez y sus decisiones, es decir que compara hasta qué punto los jueces de uno y otro sistema están vinculados (o no) a sus decisiones (o las de los jueces superiores). Este autor holandés llega a la conclusión de que la diferencia entre el juez francés (ejemplo éste de juez continental) y el juez inglés es una cuestión de grados y no de absolutos: ni el juez inglés está tan vinculado (sobre todo desde la decisión de la *House of Lords* de 1966) ni el juez francés es tan libre<sup>37</sup>.

<sup>37</sup>Cfr. P. SCHOLTEN, *Algemene deel*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1974, p. 86.

Los jueces holandeses, indica Scholten, no se pronuncian sobre el valor de sus decisiones o de las de jueces superiores, pero sí utilizan éstas en su argumentación. A menudo es fácil encontrar una decisión que copia literalmente el contenido de otra precedente. Sin embargo la regla del *stare decisis* es sólo una referencia para el sistema jurídico holandés, ya que para éste el fundamento del uso de los precedentes se encuentra en la *valoración* que el mismo juez haga sobre las decisiones precedentes.

Según Scholten los fundamentos del uso de los precedentes judiciales son:

- el principio de seguridad jurídica que justifica el seguimiento de las decisiones precedentes;
- la función de los jueces y del derecho judicial en la evolución del derecho<sup>38</sup>.

Por separado, ni la seguridad jurídica ni la función del juez como nexo entre el derecho escrito y el derecho *vivo* (*rechtsleven*) son suficientes para justificar el uso de los precedentes. En un caso porque llevaría a la fosilización del derecho y en otro porque provocaría una falta de certeza y de previsión en la actividad judicial. Juntos, la seguridad jurídica y la evolución del derecho justifican tanto el seguimiento como el abandono de los precedentes<sup>39</sup>.

A pesar de lo acertado de una fundamentación, como la anterior, basada en la seguridad jurídica y en la evolución del derecho, creo que la obra de Scholten carece de un estudio más profundo sobre cuestiones prácticas que preocupan al juez si éste decide utilizar o referirse a alguna decisión previa. Por ejemplo, señala que la autoridad del precedente se debe entender de su *ratio decidendi*, de la regla que contiene, de manera que basta una única decisión para tener un precedente. Pero no indica ningún criterio o pauta que pueda ayudar al juez a determinar cual es la concreta regla contenida en un precedente. Tampoco resuelve hasta qué punto el juez está vinculado a las decisiones judiciales o si esta vinculación tiene un carácter distinto a la vinculación del juez respecto a la ley.

Estos problemas, sin embargo, no han impedido que la teoría de Scholten haya sido la elegida por los jueces a la hora de justificar el seguimiento y el abandono de sus precedentes.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>39</sup> Existe cierta similitud entre estos dos principios y dos instituciones del derecho alemán, me refiero a la prohibición de abandonar los criterios interpretativos (*Abweichungsverbot*) y la obligación de elaborar nuevos criterios si los anteriores han sido modificados o anulados (*Vorlangenpflicht*).

## 9.6 Un ¿nuevo? fundamento: la casación

De las tres principales líneas teóricas que acabo de presentar, el HR ha elegido aquella representada por la obra de Scholten. El HR justifica el valor y el uso de sus precedentes mediante la *función* del juez, y concretamente mediante la función y posición de este alto tribunal como *órgano de casación*.

El recurso de casación ante el HR se creó en el año 1838 con la finalidad de salvaguardar la unidad de la interpretación de la ley. Dos son los motivos por los que tal recurso puede ser interpuesto según la normativa holandesa:

1. la violación de las normas procesales,
2. la violación del derecho (art. 99 y 100 RO)<sup>40</sup>.

La casación holandesa se inspiró en la casación francesa. Se concibió como instrumento de control de la actividad de los jueces en el desarrollo de su función en la aplicación del derecho. Los jueces eran considerados la *bouche de la loi* y cualquier discrecionalidad del poder judicial venía controlada mediante la casación. La función del HR como tribunal de casación se limitaba, por lo tanto, al control de la aplicación del derecho de los jueces inferiores.

Sin embargo, a lo largo del siglo XIX y especialmente durante este siglo, se produjo un cambio en el razonamiento jurídico de los jueces que desembocó (además) en una nueva concepción de la aplicación del derecho.

La evolución de la casación holandesa Desde mi punto de vista existen dos claves que ayudan a entender cómo el HR ha justificado el uso de sus decisiones son la evolución de su *función como tribunal del casación* y la evolución de su *razonamiento jurídico*. Ambas corren paralelas<sup>41</sup>.

<sup>40</sup>Esto por lo que se refiere a la casación civil. La casación penal se expresa en los mismos términos ya que se prevé que los defectos en el procedimiento del juicio o la inadecuada aplicación del derecho sean motivo de interposición del recurso de casación (art. 457 del Código de Procedimiento Penal).

<sup>41</sup>Afirmar, como acabo de hacer, que la casación es el instrumento elegido por el HR para justificar el uso de sus precedentes requiere, sin embargo, ciertas matizaciones en relación a la forma en que esta institución entiende su función en el sistema jurídico holandés. Tanto el HR como el Tribunal Supremo español son los órganos de casación en sus respectivos sistemas jurídicos, y además tienen en común el hecho de que justifiquen el uso de sus precedentes mediante esta institución. Sin embargo, intentaré convencer al lector de que las coincidencias entre ambos tribunales son meramente formales y acaban

El indicio más claro de tal evolución es la obligación de motivar las decisiones judiciales más allá del simple silogismo o de la aplicación mecánica del derecho<sup>42</sup>. Este nuevo requisito de motivación permitió al HR que junto a sus funciones de control de la actividad de los jueces inferiores desarrollara también funciones en *aplicación del derecho*<sup>43</sup>.

Para poder entender el anterior enlace entre el requisito de motivación y el desarrollo de funciones en la aplicación del derecho, tengo que hacer una matización previa. Como vengo sosteniendo a lo largo de esta investigación, el razonamiento jurídico, y en concreto el realizado por los jueces tiene un carácter eminentemente práctico. Esto significa que los jueces no conocen el derecho o dicen cómo es el derecho sino que deciden. Ahora bien las decisiones deben estar justificadas sobre la base de (buenas) razones y esta justificación no es otra que la exigencia de motivación. Por lo tanto, cualquier sistema jurídico que establezca a sus jueces la obligación de motivar sus decisiones es un sistema que concibe el razonamiento jurídico como un razonamiento práctico.

En el caso de la evolución de la función del HR que estoy analizando, el requisito de motivación no se estableció, al menos en un principio, por el mismo sistema jurídico, sino que fue una elaboración de la jurisprudencia. La razón se debe encontrar en el hecho de que el mismo HR desarrollaba un modelo de razonamiento jurídico que superaba el mero *conocimiento* del derecho y que en definitiva tenía una fuerte vocación práctica.

El siguiente paso en la evolución del razonamiento jurídico del HR (y por tanto en la función de dicho tribunal) es lo que Hirsch Ballin ha denominado la *jurisprudencia de intereses* (apartado 9.3). Para resolver un caso concreto este alto tribunal considera, en su razonamiento jurídico, los hechos y los principios que envuelven dicho caso de manera que crea una regla jurídica que es aplicable al caso concreto que está conociendo en casación. Aplicar el derecho se extiende, según el razonamiento del HR, a la *creación de la regla que soluciona el caso concreto*.

Es precisamente esta extensión o evolución de las funciones del HR la que permitirá

---

aquí, ya que cada órgano concibe su función de casación de manera distinta. Creo además, que el motivo de tal discordancia se encuentra en el distinto modelo de razonamiento jurídico que cada una desarrolla y que muy básicamente se puede caracterizar como más principalista en el caso del HR holandés y más formal en el caso del Tribunal Supremo español.

<sup>42</sup>Como ya he indicado anteriormente la constitución holandesa, a diferencia de la española, no establece la obligación de motivar las decisiones judiciales. Ha sido la propia jurisprudencia del HR la que ha elaborado tal requisito a partir del principio general "derecho a un juicio justo". Hoy en día la obligación de motivar las decisiones judiciales se entiende como un requisito o norma procesal orientada a garantizar la equidad del proceso judicial.

<sup>43</sup>Cfr. E.M.H. HIRSCH BALLIN, "Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde", citado, pp. 218-219.

hablar de una *nueva* casación<sup>44</sup> mediante la que se justifica el uso de los precedentes judiciales.

**La "nueva" casación** La función de esta casación o, dicho de otra forma, la función del HR como tribunal de casación es, de un lado, dar *unidad* a la aplicación del derecho (en este sentido son pocos los cambios respecto de la casación francesa) y de otro, ser una pieza clave en la *evolución* del derecho. Así, se puede deducir que son los valores de *unidad de la aplicación del derecho* y de *evolución o desarrollo del derecho* los que justifican el uso de las decisiones precedentes del HR en el razonamiento jurídico.

El control de la unidad del derecho es la primera función del HR<sup>45</sup>. Una serie de razones justifican que el valor de la unidad siga siendo uno de los baluartes de la casación: la complejidad del derecho en cuestiones como el ambiente, sanidad pública o derecho a la vida (esta complejidad aumenta con el derecho internacional y el comunitario); los cambios rápidos en la legislación; y por último, la evolución del derecho a través del judicial que exige cierta unidad<sup>46</sup>.

La segunda función del HR a la que hacía referencia es la de formación y evolución del derecho. En este mismo sentido se pronuncia el Presidente del HR S. Royer en una entrevista publicada en la revista *Nederlands Juristenblad* (NJB) en el año 1995<sup>47</sup>. Royer define la función de la aplicación del derecho desarrollada por este alto tribunal, como un proceso que integra al menos dos pasos. El primero se refiere a la *interpretación* de las normas jurídicas, función que permite al juez la creación de reglas cuando el significado de la norma que se aplica sea obscuro, o se trate de una norma abierta o en blanco. El segundo paso consiste en la *formación del derecho* en aquellos casos en los que el sistema jurídico presente una laguna. La función del HR en este sentido es de nuevo la creación de una regla que supla esta laguna. Lo más destacable es que en ambos pasos se identifica la función del HR con la creación de reglas jurídicas o si se quiere con la evolución y formación del mismo derecho.

El principal problema al sostener que la formación del derecho se produce no sólo a través del legislador sino además a través del HR se refiere al déficit de legitimidad de tal

---

<sup>44</sup>Con el apelativo *nueva* casación entiendo una institución jurídica que junto a las funciones de control de la actividad judicial de los órganos inferiores incorpora las de *creación* de reglas jurídicas, más allá de las reglas interpretativas.

<sup>45</sup>Cfr. M. SCHELTEMA, "De verwachtingen voor de toekomst", *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, citado, p. 336.

<sup>46</sup>*Ibidem*, p. 337.

<sup>47</sup>Véase C. LINDO, "Cassatie in de negentiger jaren", en *Nederlands Juristenblad*, n. 24, 1995, pp. 883-890.

formación, es decir a la ausencia de una justificación democrática de la misma.

Sin embargo, para solventar el problema, la doctrina holandesa ha recurrido a una expresión que pretende resumir la relación entre el HR y el legislativo: el HR es un substituto del legislador (*wetgever-plaatsvervanger*). Con este apelativo se intenta destacar, primero que las reglas que crea el HR pueden ser rechazadas por el legislativo, y segundo, que en muchos casos el legislador deja conscientemente una laguna del derecho para que sea el poder judicial y en concreto el HR el que la supla mediante la aplicación del derecho<sup>48</sup> Además como garantías de esta formación o creación del derecho se puede destacar, siguiendo a Scheltema, la independencia de los jueces y la similitud entre el razonamiento jurídico legislativo y judicial.<sup>49</sup>

En resumen, el HR es un tribunal de casación y como tal desarrolla funciones de unidad del derecho y de formación y evolución de éste. Estas dos funciones (que realmente se pueden resumir en una: la casación) justifican del uso de los precedentes en el razonamiento judicial, al menos así lo viene haciendo el HR.

## 9.7 La práctica más destacable

A continuación expondré algunas conclusiones que arroja el estudio de los casos más representativos resueltos por el HR en los cuales esta Corte de Casación se pronuncia en relación al razonamiento práctico y al uso de sus precedentes judiciales. Antes de comenzar, sin embargo, conviene advertir que los casos que mencionaré no son los más usuales, si bien los más significativos.

### 9.7.1 El uso no consciente y consciente de los precedentes

La advertencia anterior justifica una primera clasificación que distingue entre un uso no consciente y otro consciente de los precedentes judiciales en el razonamiento jurídico.

1. Al grupo que he calificado de uso *no consciente* de los precedentes, pertenecen aquellas decisiones en las que el HR sigue sus propios precedentes sin alterar su contenido o significado. Se trata de decisiones que se refieren a otras anteriores indicando tan solo su fecha y número de publicación en el NJ. En estos casos el HR omite tanto el motivo por el que se cita como la *ratio decidendi* o regla del caso

---

<sup>48</sup>*Ibidem*, p. 885.

<sup>49</sup>Cfr. M. SCHELTEMA, "De verwachtingen voor de toekomst", citado, p. 347.



citado. A este uso, que desgraciadamente es el más común en los sistemas jurídicos continentales, corresponden decisiones mal justificadas o mal motivadas puesto que no determinan ni argumentan el valor de sus propios precedentes<sup>50</sup>.

2. Al grupo que he denominado de uso *consciente* pertenecen aquellas decisiones que se refieren a sus precedentes tanto para separarse de ellos como para ampliar la regla que contiene. En ambos casos el HR justifica, argumenta por qué utiliza una decisión anterior en la solución del nuevo caso y además determina el valor y contenido del precedente. Este uso *consciente* de los precedentes es el resultado de un cambio en el modelo de argumentación judicial: mientras que lo normal es que el juez valore y evalúe distintas soluciones y argumentos sin que esta valoración o evaluación trascienda a su motivación, a partir del caso Stierkalf de 7 de marzo 1980 esta mecánica cambia<sup>51</sup>. El HR justifica un mayor número de sus decisiones recurriendo a los precedentes del HR. Vranken evalúa en un 30 % las resoluciones que se fundamentan mediante la ampliación, la separación, la limitación o la interpretación de decisiones anteriores<sup>52</sup>. Este grupo, pese a ser el menos numeroso es el más interesante desde el punto de vista del razonamiento práctico porque evidencia un modelo de razonamiento discursivo. Normalmente el HR opta por una solución en cuyo apoyo vienen los argumentos presentados. Un modelo discursivo que, apunta Vranken, debe estar en la base de todo razonamiento jurídico permitiría traer a la justificación no sólo los argumentos sino también los contraargumentos<sup>53</sup> entre los que hay que contar las decisiones precedentes que deben ser modificadas o abandonadas.

Esta clasificación me sirve para destacar el hecho de que el HR sólo haga referencia a sus precedentes de manera argumentada cuando pretende separarse de ellos o bien ampliar la regla que contienen. Dicho de otra forma, el HR argumenta el uso de sus precedentes cuando está desarrollando funciones relativas a la evolución y formación del derecho. Por lo tanto parece que se confirma la conclusión a la que llegué en el apartado anterior según la cual el HR ha fundamentado el uso de sus decisiones precedentes en sus funciones como

<sup>50</sup>Cfr. P. KOTTENHAGEN, *Van precedent tot precedent*, Gouda Quint, Arnhem, 1986, p. 274.

<sup>51</sup>Cfr. J.B.M. VRANKEN, *Algemene deel*, citado, p. 110.

<sup>52</sup>*Ibidem*. En esta línea se encuentran la decisión del HR de 21 enero 1994 (Ferdinand E./Uitgeverij Spaarnestad) en la cual se consideran 6 decisiones precedentes así como su valoración por la doctrina jurídica; también la decisión de 22 abril 1994 que abandona el criterio establecido en su decisión anterior de 8 enero 1982.

<sup>53</sup>Cfr. J.B.M. VRANKEN, *Algemene deel*, citado, p. 161. Rechaza así las posiciones de quienes omiten el papel justificativo de los contraargumentos.

órgano de casación, es decir en la unidad y en la formación del derecho.

### 9.7.2 Separarse, ampliar o crear precedentes

En relación al uso consciente de los precedentes creo conveniente hacer otra clasificación más que permita distinguir entre el uso que el HR hace de sus decisiones cuando interpreta el derecho y el que hace cuando suple una laguna jurídica<sup>54</sup>.

#### El Hoge Raad interpreta sus precedentes

El caso *Stierkalf* de 7 de marzo 1980, NJ 1980, 353, es uno de los más emblemáticos ya que el HR decide derogar (*overruling*) uno de sus precedentes. El HR resuelve un supuesto de responsabilidad por daños causados por animales regulado (en el momento del asunto) por el art. 1404 BW.

En el caso *Stierkalf* el HR interpreta el art. 1404 BW para lo cual se refiere a su decisión de 15 de octubre de 1915, NJ 1915, 1071. No se trata, sin embargo, de una mera referencia a su fecha y número sino que el HR entra a valorar su contenido para determinar su seguimiento o no:

Esta decisión [la de 15 de octubre de 1915] ha recibido desde el inicio una crítica generalizada y ... es la idea del HR no seguir la decisión.

El HR entiende que la decisión de 15 de octubre de 1915 está basada en normas jurídicas y argumentos históricos que en el momento en el que se conocía el caso *Stierkalf* no servían para justificar una decisión debido a la evolución del sistema jurídico y de la sociedad. El HR decide, por lo tanto, derogar (*overruling*) su precedente de 1915 argumentando y motivando tal decisión. Crea una regla jurídica sobre la interpretación del art. 1404 BW.

Esta derogación motivada de los precedentes del HR es, para el análisis del valor y fundamento de los precedentes judiciales, más interesante que los casos de seguimiento. En primer lugar porque indica que el juez holandés está vinculado a sus precedentes pero no por el hecho de que estos sean precedentes sino por el contenido de los mismos, es decir por la regla que contienen. En segundo lugar el abandono (o seguimiento) de los

---

<sup>54</sup>Esta distinción entre interpretación del derecho y superación de una laguna del derecho corresponde a los dos pasos con los que S. Royer explicaba el contenido de la función aplicación del derecho del HR (apartado 9.6).

mismos debe fundamentarse, normalmente en la evolución y formación del derecho. En tercer lugar de este abandono motivado el HR crea una nueva regla jurídica que nace, además, con vocación de precedente, es decir, con la pretensión de ser utilizada en la interpretación y aplicación del derecho.

El caso *IZA* de 28 de febrero de 1992, NJ 1993, 566, es un supuesto de interpretación de una norma jurídica, el art. 31 WVW (Wegenverkeerswet o ley de tráfico viário). para lo que el HR se refiere a sus precedentes. El resultado de tal referencia *consciente* es la distinción o separación del mismo (*distinguishing*).

El HR resuelve en casación la responsabilidad por los daños causados en un accidente de tráfico el que están involucrados un automovilista y un peatón, la sra. Van Duiven. IZA, la compañía aseguradora de ésta se subrogó en el ejercicio de las acciones contra el automovilista por los daños sufridos a consecuencia del accidente.

El recurso de casación ante el HR fue interpuesto por *IZA*. El motivo era la extensión del precedente de 31 de mayo de 1991, NJ 1991, 721, que contenía la interpretación del art. 31 WVW sobre distribución de responsabilidades en accidentes de tráfico. Según el precedente citado, si en el accidente estaban involucrados peatones o ciclistas menores de 14 años, toda la responsabilidad se atribuía al conductor del automóvil. Según la compañía de seguros *IZA* este precedente se debía extender al caso que se discutía porque la sra. Van Duiven tenía 67 años en el momento de sufrir el accidente y por lo tanto la capacidad de reacción de las personas mayores se podía comparar con la de un menor de 14 años.

El HR, sin embargo, entiende que se trata de dos situaciones distintas y que por tanto la regla del precedente de 31 de mayo de 1991.

no se puede extender a los casos en los que un implicado en el accidente de tráfico sea mayor de edad.

Sólo se aplica, por lo tanto, a los casos en los que una de las personas involucradas sea menor de 14 años.

La diferencia con el caso *Stierkalf* es que en el caso *IZA* el HR no deroga el precedente al que se refiere sino que se *separa* de su aplicación porque considera que la regla contenida en su precedente no es aplicable al caso que está resolviendo.

El motivo de esta separación o distinción no se encuentra en la evolución del derecho (como en el caso de la derogación de precedente analizada antes), sino en *las circunstancias* del caso concreto. El HR entiende que lo relevante de la regla contenida en el precedente

de 31 de mayo de 1991 es que en el accidente de tráfico cuya responsabilidad se distribuye, esté implicado un niño de hasta 14 años. Lo relevante del caso *IZA* no es sin embargo la edad de la víctima del accidente sino el hecho de que el accidente sea entre un automovilista y un peatón (categoría en la que se incluyen los ciclistas)<sup>55</sup>.

El caso *Herrenberg* 8 de marzo de 1985, NJ 1986, 437, es una decisión en la que se discute la interpretación no de una norma jurídica sino de un precedente (de una regla jurídica). El resultado de esta interpretación es la *ampliación* del precedente al que el HR se refiere.

El periódico holandés *Het Parool* publicó el 22 de junio de 1983 una información en la que acusaba al sr. Herrenberg, embajador de la República de Suriname, de ser el intermediario en un pago de 50.000.000 de dólares a la República de Suriname provenientes del tráfico de cocaína de Colombia. El sr. Herrenberg pedía la rectificación de la noticia por difamatoria y el consecuente pago de los daños ocasionados.

La casación se fundaba en la no aplicación del precedente del HR de 24 de junio de 1983, NJ 1984, 801. Según esta decisión en casos de difamación hay un conflicto de intereses. La protección de los ciudadanos contra la difamación está en conflicto con el derecho a publicar información que comprometa a altos cargos del estado en la comisión de delitos durante el ejercicio de sus funciones. Para resolver tal conflicto en HR enumera una serie de factores que el juez debe considerar<sup>56</sup>.

En el caso *Herrenberg* el tribunal que conoció el caso resolvió el conflicto de intereses antes expuesto sin llegar a considerar todos y cada uno de los factores que la decisión de 24 de junio 1983 aconsejaban valorar. De manera que el abogado de Herrenberg consideraba que el conflicto de intereses al que me he referido no se había resuelto correctamente. Este incumplimiento de la regla establecida en el precedente del HR es el motivo de casación que el abogado de Herrenberg alega ante el alto tribunal.

---

<sup>55</sup>Concretamente, para los casos en los que en el accidente de tráfico estén implicados un automovilista y un peatón la responsabilidad se distribuye de manera inmediata el 50% entre las partes. El tribunal podrá, no obstante, considerar las circunstancias del caso (la edad de los implicados, las condiciones de visibilidad etc. para modificar esta distribución inicial.

<sup>56</sup>Estos factores son, de manera resumida: a) la naturaleza de la información sobre la persona y las consecuencias que para ésta pueda tener; b) la relevancia de la información publicada para el interés público; c) el fundamento de las sospechas en el momento en el que la información se publica; d) la forma de presentar las sospechas sobre la persona respecto a los tres criterios anteriores; e) la posibilidad de que el fin que pretende la publicación pueda ser alcanzado por otros medios que disminuyan el daño contra la persona; y f) la posibilidad de que otra persona conozca la información que se publica.

El HR decide, sin embargo, no admitir este motivo de casación porque está basado en "una concepción errónea de la decisión de 24 de junio de 1983".

Efectivamente el HR considera que el hecho de que en su precedente se indicaran los factores que el juez debe considerar para resolver casos de difamación no significa que el juez tenga que evaluar *todos y cada uno* de estos factores para resolver el conflicto de intereses.

La cuestión sobre cuales son los principios a considerar en el un caso depende de las *particularidades* del caso concreto<sup>57</sup>.

En definitiva, el HR interpreta y reduce la regla contenida en la decisión de 24 de junio de 1983 de manera que a partir del caso *Herrenberg* son *las circunstancias* del caso concreto las que determinan qué factores o intereses de los enumerados por la sentencia de 24 de junio de 1983 se deben considerar el juez. Además éste no está obligado a motivar la omisión de ciertos factores.

**El Hoge Raad suple las lagunas del derecho** En este apartado analizaré el valor de las decisiones judiciales en los casos en los que el HR aplica el derecho mediante la formación del mismo o la superación de lagunas. Tengo que matizar que aquí discutiré el valor que las decisiones tienen para casos futuros es decir, la posibilidad de que estas decisiones, que resuelven lagunas, puedan ser utilizadas como precedentes en el razonamiento de casos futuros.

Como ejemplo de este tipo de razonamiento he elegido el famoso caso *Chabot* que ya ha sido descrito cuando expliqué el razonamiento jurídico del HR. Recordaré que en esta decisión, el alto tribunal creaba la regla según la cual la asistencia al suicidio de enfermos no somáticos no estaba penalizada si el imputado hubiera actuado en estado de necesidad ya que el sufrimiento del paciente era insoportable. Además establecía la necesidad de contar con dos informes médicos para confirmar la naturaleza del dolor.

Si bien el HR creó esta regla se puede discutir su legitimidad, ya que a primera vista no parece que exista laguna del derecho alguna. Efectivamente, el art. 294 del Código Penal holandés sanciona la asistencia al suicidio, de manera que hay una norma jurídica aplicable al caso.

Para explicar por qué el HR entiende que en el caso *Chabot* debe formar el derecho y por lo tanto crear una regla jurídica que supla una laguna (aparentemente inexistente)

---

<sup>57</sup>La cursiva es mía.

es conveniente acudir a un concepto que ya ha sido analizado en el apartado anterior, me refiero al del juez como *sustituto del legislador*.

En este sentido, el presidente del HR señala que en casos como el de la eutanasia o el aborto el legislador, a pesar del debate social, no reguló o modificó la regulación existente. De esta manera se entiende que el legislador traslada conscientemente la decisión al poder judicial. El juez, en estos casos actúa como un *sustituto del legislador*.

En el caso *Chabot* ésta función de formación del derecho por *delegación* del legislador es el motivo que utiliza el HR para argumentar su decisión y justificar el valor de la regla que crea. La regla del caso *Chabot* se aplicará, por lo tanto, a los supuestos de asistencia al suicidio de enfermos no somáticos, hasta que el mismo HR derogue esta decisión o el legislador regule esta materia de forma distinta a como lo ha hecho el HR.

## 9.8 Valoración de la práctica holandesa

De las distintas conclusiones que pueda provocar el anterior análisis de algunos de los casos del HR en materia de precedentes judiciales, quisiera llamar la atención sobre una sólo. A mi entender la práctica judicial del HR distingue el fundamento de los precedentes del fundamento del uso de los mismos en el razonamiento práctico.

Los dos fundamentos a los que me refiero son de un lado la función del HR como tribunal de casación (que justifica los precedentes judiciales), y de otro el modelo de razonamiento jurídico centrado en la justicia del caso concreto (el argumento que justifica el uso de los precedentes).

Por lo que se refiere a la casación y a las funciones del HR como órgano de casación he destacado la evolución en su contenido: del control de la actividad de jueces inferiores a la función en la unidad y en la formación del derecho, éste último especialmente importante a través de la elaboración del concepto de *sustituto del legislador*.

He destacado, además, que el desarrollo de la función de casación hacia la formación y evolución del derecho no se puede entender si no se hacía referencia a una evolución que ha corrido paralela. Me refiero a la del razonamiento jurídico que he identificado como principalista y más centrado en la coherencia del caso concreto.

Ambos factores, la doble función de la casación y el razonamiento jurídico del HR, son imprescindibles para entender cómo el alto tribunal holandés justifica y utiliza sus precedentes cuando interpreta o cuando suple las lagunas del derecho.

Para ello he centrado mi investigación en aquellos casos en los que el HR decide o

anular, o distinguir o ampliar sus propios precedentes y he diferenciado éstos de aquellos otros casos en los que el HR suple una laguna del derecho y crea una regla jurídica que tiene vocación de precedente. La razón de este tratamiento no conjunto era la distinción ofrecida por Royer entre la interpretación y la formación del derecho, las dos funciones que integran la más genérica función de aplicación del derecho.

Del análisis de esta jurisprudencia del HR merece la pena destacar que el HR utiliza una argumentación distinta según pretenda separarse (*distinguishing*) o ampliar un precedente (como en los casos *IZA* y *Herrenberg*), por un lado, o anular un precedente o suplir una laguna del derecho (*Stierkalf* y *Chabot*) por otro lado. Creo que al primer grupo corresponde una argumentación centrada en la coherencia del caso concreto, en la consideración de todas las circunstancias y principios o intereses que son relevantes en el caso concreto, mientras que al segundo le corresponde una argumentación basada en las funciones del HR en la evolución y formación del derecho.

Desde mi punto de vista, esta diferente argumentación es un síntoma de que el HR en su práctica judicial distingue entre la justificación de los precedentes como reglas en el sistema jurídico y la justificación del uso de los precedentes en el razonamiento jurídico. Más aún, tal distinción evoca otra a niveles más teóricos. Me refiero a la protagonizada por Alexy y Günther y que se podría resumir como la distinción entre la justificación y la aplicación de una norma jurídica.





# Conclusiones

A lo largo de esta investigación he llevado a cabo una reflexión y valoración teórica a propósito del papel de las decisiones judiciales anteriores en la solución de casos futuros. El resultado ha sido la elaboración de un modelo de fundamentación y uso de los precedentes, es decir, una propuesta normativa sobre por qué y cómo se debe tener en cuenta los precedentes en la práctica judicial.

El punto de partida, y aquí radica la originalidad de mi labor, no ha sido el carácter fonticio de las decisiones, sino más bien su relevancia en el razonamiento jurídico. En concreto, he sostenido la tesis según la cual los precedentes tienen un valor *interpretativo* del derecho y *argumentativo* o justificativo de las decisiones. A esta conclusión convergen el análisis crítico del razonamiento jurídico, el estudio analítico-normativo de los precedentes y el estudio empírico de tres sistemas continentales (el español, el alemán y el holandés).

## Del análisis crítico del razonamiento jurídico

Por la atención que recibe la teoría del razonamiento jurídico en esta investigación el lector podría deducir que está dedicada a la comprensión de la actividad judicial. No ha sido éste el fin, sino el marco adecuado dentro del cual he elaborado un instrumento que quiere asistir al juez en la interpretación argumentación jurídica: los precedentes judiciales. Con este propósito he analizado distintos modelos teórico acerca del razonamiento jurídico, llegando a dos conclusiones que ahora debo destacar.

Existe una fuerte relación entre el uso que jueces y tribunales hacen de las decisiones anteriores y el modelo de razonamiento jurídico que desarrollan. En otras palabras, el contenido atribuido al razonamiento jurídico determina la concreta fundamentación y uso de los precedentes. Los precedentes pueden considerarse, de acuerdo con una visión ejecutiva del razonamiento jurídico (la que ha sido propuesta por Raz) como disposiciones normativas que excluyen la consideración de otras razones. Para una teoría deliberativa y argumentativa del razonamiento jurídico, la de Perelman, los precedentes representan

argumentos (*ab exemplo*, de autoridad o de justicia formal) utilizados para convencer al auditorio. Si se adopta la teoría del discurso de aplicación jurídico de Günther, las decisiones anteriores deben entenderse como cánones interpretativos que ayudan en la completa descripción de un caso concreto. Y finalmente, según la teoría del discurso de justificación jurídica de Alexy, los precedentes son técnicas argumentativas que garantizan la corrección del procedimiento deliberativo.

La segunda conclusión a propósito del razonamiento jurídico es la de su contenido. Creo que la actividad judicial es una actividad práctica de *argumentación racional* que expresa un compromiso entre la predictibilidad de las decisiones —la vinculación al tenor literal del derecho— y la justicia —la vinculación a consideraciones morales o práctico generales<sup>58</sup>. Como primer elemento para una teoría del razonamiento jurídico he adoptado un modelo deliberativo que deja la puerta abierta a la valoración del derecho, y con ella a la valoración de la autoridad<sup>59</sup>. He completado este aspecto deliberativo con otros hasta definir el razonamiento práctico jurídico como deliberativo, argumentativo, justificativo y procedimental.

## Del estudio analítico-normativo de los precedentes

En el marco de una teoría del razonamiento jurídico así descrita, he iniciado un estudio analítico-normativo sobre el fundamento y uso de los precedentes. En concreto, he elaborado una teoría de los precedentes que combina tanto su aspecto interpretativo del derecho cuanto su aspecto justificativo de las decisiones judiciales. Para ello he defendido un modelo de vinculación relativa a los precedentes según el cual, hay que seguir los precedentes salvo que se justifique su modificación o abandono. La práctica “tener en cuenta los precedentes” significa, desde el punto de vista del modelo elaborado, seguir racionalmente y abandonar justificadamente las decisiones anteriores<sup>60</sup>.

Este modelo de uso de los precedentes cuenta con una fundamentación gradual elaborada a partir de tres argumentos que se complementa entre sí. Me refiero al argumento *ab exemplo*, de autoridad y la regla de justicia. El argumento *ab exemplo* fundamenta un aspecto esencial de los precedentes: su valor interpretativo. En el proceso de aplicación

<sup>58</sup>Cfr. A. PECZENIK, “Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning”, citado, p. 121.

<sup>59</sup>El inicio de esta investigación estaba dedicado a determinar el papel de la autoridad en la actividad judicial. Para ello me he servido de dos teorías: la de Raz que se basa en la función excluyente o ejecutiva de la autoridad, y la de Perelman basada en la evaluación y valoración de argumentos, entre ellos la autoridad.

<sup>60</sup>A este modelo convergen los sistemas de derecho común y los de derecho civil.

del derecho, jueces y tribunales acuden a las decisiones anteriores para encontrar en este material jurídico modelos de cómo interpretar el derecho. Por justificar un uso esencial de los precedentes, el argumento *ab exemplo* constituye el punto inicial para una teoría de los precedentes.

El siguiente elemento lo ofrece el argumento de autoridad. Éste se entiende como un factor institucional que ayuda a decidir qué decisiones son relevantes en la práctica judicial: las de los órganos judiciales más altos. Ahora bien, siguiendo a Perelman, el aspecto autoritativo que se reconoce a los precedentes no debe confundirse con la justificación de una vinculación absoluta. El papel de la autoridad en el marco de un razonamiento deliberativo, como el adoptado, estará determinado por la evaluación y valoración de la que es objeto. Es decir, los precedentes, y con ellos su autoridad, son objeto de una deliberación a cerca de su mayor o menor relevancia, o acerca, incluso, de su irrelevancia en el razonamiento jurídico. Con ello quiero destacar que la autoridad de los precedentes no justifica por qué seguirlos. Para responder a este interrogante, habrá que acudir al tercer pilar de la teoría propuesta: la regla de justicia.

Con la regla de justicia, o mejor, con el principio de justicia formal y el principio de inercia (ambos son las dos caras de una misma regla) se justifica el uso argumentativo de los precedentes. La regla de justicia fundamenta el seguimiento de las decisiones anteriores ya que casos iguales deben ser tratados de forma similar; y fundamenta, además, la divergencia de los precedentes ya que un tratamiento desigual debe estar correctamente motivado. Para llevar a cabo un seguimiento racional y un abandono (o modificación) argumentada, será necesario comprender los precedentes como técnicas argumentativas que asisten al juez en la justificación interna y externa de las decisiones. Tener en cuenta los precedentes significa, en el ámbito de la justificación interna de decisiones, garantizar la consistencia de la cadena lógico-deductiva; y, en el ámbito de la justificación externa, significa garantizar la racionalidad de su abandono o modificación.

El anterior es un modelo normativo de uso de los precedentes que, sin abandonar su valor interpretativo, incorpora un aspecto argumentativo en un doble sentido. En primer lugar porque se establece cómo usar los precedentes, y cuál es su lugar en la estructura argumentativa de toda decisión, distinguiendo para ello su papel en la justificación interna y externa. En segundo lugar, un modelo como el anterior racionaliza tanto el seguimiento como la divergencia de los precedentes. O quizás sería más acertado decir que racionaliza su seguimiento precisamente porque permite su divergencia, evitando así el seguimiento de los precedentes incorrectos o injustos; y racionaliza su divergencia porque con ella se establece la exigencia de motivar, de argumentar.

Una última consideración (o conclusión dado el lugar donde la realizo): no seguir un precedente significa infringir el principio de justicia formal, es decir, desarrollar un razonamiento inconsistente (con los criterios anteriores). La justificación de esta inconsistencia dentro del derecho viene de la mano de la coherencia del razonamiento jurídico, del compromiso entre el derecho y la moral. Por eso, cuando se exige la motivación de la divergencia se está dejando la puerta abierta a consideraciones de tipo práctico general, a consideraciones morales. Los precedentes, o mejor su divergencia, ofrecen al juez una técnica argumentativa que coadyuva en el contenido del razonamiento jurídico: la argumentación racional de un compromiso entre la vinculación al derecho y la justicia.

## De análisis empírico del valor y uso de los precedentes

Para determinar la aportación de la anterior teoría de los precedentes a la práctica judicial, he realizado un estudio empírico acerca del fundamento y uso que reciben las decisiones anteriores en el razonamiento jurídico de tres cortes de casación: el Tribunal Supremo, el *Bundesgerichtshof* y el *Hoge Raad*. Para ello he reconstruido, en líneas generales, el modelo de razonamiento jurídico elaborado por cada corte de casación, así como el tratamiento jurídico, doctrinal y jurisprudencial que reciben las decisiones judiciales precedentes en los respectivos sistemas jurídicos.

El tratamiento jurídico de las decisiones judiciales es similar en los tres sistemas analizados: todos ellos refutan el carácter fonticio de las decisiones judiciales, y por lo tanto su fuerza vinculante<sup>61</sup>. Ahora bien, y en esto vuelven a coincidir, que los jueces no estén obligados a seguir las decisiones judiciales anteriores no significa que éstas sean irrelevantes. Las decisiones de los más altos tribunales constitucionales y ordinarios son objeto de tratamiento jurídico en el marco de la interpretación constitucional del derecho (en el sistema español y alemán) y de la casación.

Mediante la casación, en concreto, se atribuye a las decisiones del TS, BGH y HR cierto valor vinculante puesto que su infracción motiva la revisión de la decisión infractora en casación. Sin embargo, la regulación jurídica de la que es objeto este recurso no ofrece, en ninguno de los sistemas analizados, una respuesta ni clara ni unívoca sobre cual sea la medida concreta de su relevancia, o en otras palabras, no determina hasta qué punto jueces y tribunales están vinculados a estas decisiones. De ahí que haya adoptado una

---

<sup>61</sup>La excepción viene de la mano del TC español y el BVerfG alemán. El art. 164 Ce y el art. 31 I BVerfGG atribuyen efectos vinculantes *erga omnes* a las decisiones del TC y del Bverfg, respectivamente, que resuelvan recursos de inconstitucionalidad de una ley o norma con fuerza de ley. En otras palabras, la medida de su relevancia es la de la fuerza de ley.

perspectiva doctrinal y jurisprudencial de la casación, centrándome en la valoración que hacen la doctrina y tribunales (TS, BGH y HR) en relación a la función de la casación, el contenido del razonamiento jurídico y la relevancia de sus decisiones.

El principio de seguridad jurídica y el de predictibilidad de las decisiones justifican, en los sistemas continentales, la revisión de aquellas decisiones que no se adapten a los criterios interpretativos establecidos por la corte de casación<sup>62</sup>. La casación, el recurso por el que se lleva a cabo esta revisión, es concebido como un instrumento de control de la *unidad en la interpretación jurídica*. El principio de unidad de la actividad judicial ofrece una respuesta, al menos en principio, al por qué y cómo hay que tener en cuenta las decisiones precedentes: la relevancia de las decisiones judiciales se justifica en los principios de unidad y seguridad jurídica, y propone un uso basado en su aspecto interpretativo y en su autoridad. En otras palabras, el juez interpreta el derecho (de forma unitaria) guiándose por las decisiones de la corte de casación, a las cuales el ordenamiento jurídico les ha conferido cierta autoridad<sup>63</sup>.

Los sistemas jurídicos español, alemán y holandés consideran la casación como instrumento de control en la interpretación del derecho. A partir de esta idea, la doctrina y jurisprudencia del TS, el BGH y el HR han desarrollado valoraciones y concepciones distintas de la casación y del papel de los precedentes: mientras que la casación española sigue centrada en la idea de unidad, la casación alemana y holandesa lo está, además, en la de evolución del derecho ya sea interpretado (el caso del BGH) o creado (el caso del HR); mientras que la jurisprudencia del TS es concebida como un instrumento en la interpretación del derecho, las decisiones del BGH lo son, además, en la argumentación jurídica, y las del HR en la creación del derecho.

En poco o nada se diferencia la casación española de lo dicho hasta ahora: la jurisprudencia del TS contiene guías interpretativas revestidas de cierta autoridad (la de motivar el recurso). La casación ofrece un marco dentro del cual las decisiones del TS tienen un valor interpretativo. La unidad en la interpretación del derecho y la seguridad jurídica fundamentan este valor; mientras que el argumento *ab exemplo* y el de autoridad explican su uso en la práctica judicial.

Limitar el valor de la jurisprudencia del TS a la unidad de la interpretación provoca, al menos, dos críticas. La primera está dirigida al uso irracional de la jurisprudencia por

---

<sup>62</sup>El art. 1692.4 LEC establece que la infracción de la jurisprudencia es un motivo de casación; en el sistema alemán este recuso ante el BGH se podrá motivar, según el §565 ZPO, en la separación de una decisión precedente; y finalmente, la violación del derecho (art. 99 y 100 RO) es una de las razones de interposición de recurso de casación ante el HR.

<sup>63</sup>La suficiente para que, en caso de infracción, se pueda motivar el recurso de casación.

jueces y tribunales inferiores. En la práctica habitual de éstos, “tener en cuenta” la jurisprudencia significa seguirla, reiterar sus criterios interpretativos, mencionar una fecha y quizás, escuetamente, el criterio elaborado significa, finalmente, traerla al razonamiento como mero argumento *ad abundantium*. Raramente se entrará a valorar el criterio interpretativo, se justificará su seguimiento o su abandono. Seguir la jurisprudencia sin otro motivo que su carácter autoritativo supone renunciar a ella como técnica para argumentar y justificar las decisiones. De ahí que mi propuesta consista en basar el uso de las decisiones precedentes no sólo en su autoridad, sino también en la regla de justicia. Se alcanza con ellos dos logros: que el seguimiento de los precedentes esté justificado en el principio de justicia formal, el primer requisito de racionalidad; y que la divergencia justificada sea posible, es decir, que jueces y tribunales valoren el contenido de los precedentes y decidan seguirlos o abandonarlos.

La segunda crítica está dirigida al uso de la jurisprudencia realizado por el mismo TS: la unidad de la interpretación, o mejor su fracaso. No puede sino tildarse de caótica la actual situación de la jurisprudencia, en la que coexisten decisiones que sostienen criterios interpretativos contradictorios entre sí. La motivación del recurso de casación, dada esta situación caótica, se ha vuelto algo trivial ya que siempre se encontrarán dos decisiones precedentes en sentido contrario a la decisión que se casa. En fin, el recurso de casación se ve ahora desnaturalizado, (mal)utilizado como tercera instancia, y lejos de concebirse como un recurso extraordinario. La solución a este problema viene de la mano de la extensión a otras jurisdicciones del modelo de casación contencioso-administrativo. Esta casación, que es similar a la casación alemana, recoge una técnica de divergencia basada en la regla de justicia: la corte de casación debe, como parte del control de la unidad, establecer la doctrina vigente, es decir, identificar el criterio interpretativo que guiará la actividad judicial, y el criterio interpretativo, finalmente, cuya infracción motivará el recurso de casación.

Concluye el análisis de la jurisprudencia del TS con una consideración: la necesidad de introducir una técnica de divergencia que permita *a)* a los jueces inferiores un seguimiento racional de las decisiones del TS, y *b)* al mismo TS un control más efectivo de la unidad y de la seguridad jurídica.

Por lo que se refiere a la casación alemana, está fundada en dos principios complementarios: la prohibición de abandonar un criterio interpretativo (*Abweichungsverbot*) y la obligación de crear un nuevo criterio si el anterior fue abandonado (*Vorlagenpflicht*). La capacidad creativa del BGH debe entenderse limitada a la interpretación del derecho, puesto que la actividad judicial y el razonamiento jurídico tienen un carácter interpre-

tativo. Esto explica que la modificación o abandono de una decisión precedente esté justificado en la existencia de lagunas de interpretación, y no de regulación.

Vinculación de los precedentes y obligación de crear nuevos si los anteriores son abandonados explican una casación, la alemana, que coadyuva tanto a la unidad como a la *evolución* del derecho interpretado (el denominado *Richterrecht*). Esta doble finalidad ha afectado también a la relevancia de las decisiones precedentes en la práctica judicial del BGH: tener en cuenta el precedente significa tanto seguir el criterio interpretativo, cuanto modificarlo, en cuyo caso, y en beneficio de la evolución del derecho, se debe elaborar uno nuevo que sustituya el abandonado.

Unidad y evolución del derecho, seguimiento y divergencia de los criterios interpretativos ha permitido una evolución de la casación y de la jurisprudencia del BGH que, sin renunciar a su aspecto interpretativo, adopta posiciones más argumentativas. En este sentido debe interpretarse la decisión del BGH 85, 64(66ff) donde se declara que a la hora de modificar o abandonar una decisión precedente, el juez no sólo debe crear un nuevo criterio interpretativo, sino que además debe dar razones que justifiquen el cambio.

La incursión de la casación en la estructura argumentativa de las decisiones judiciales es el resultado, a mi parecer, de la introducción de una regla que racionaliza el cambio o abandono de criterios interpretativos. Se trata de la regla de justicia entendida como principio de igualdad formal (trato igual a lo semejante) y como principio de inercia (cambio justificado). Es ésta una regla que se concreta en la exigencia de motivar o justificar el tratamiento distinto a casos semejantes, es decir, es una exigencia de más razones que justifiquen el cambio. Así, en la práctica judicial alemana, *no seguir* el precedente revierte no sólo en la evolución del derecho, sino también en la argumentación racional de la decisión.

La casación alemana ejemplifica cómo la prohibición de abandonar los precedentes, la obligación de elaborar nuevos criterios interpretativos y, finalmente, la obligación de justificar el cambio de criterio son elementos de una misma práctica: la de tener en cuenta los precedentes tanto para seguirlos cuanto para no seguirlos, tanto por su aspecto interpretativo, cuanto por su aspecto argumentativo<sup>64</sup>.

La casación holandesa es, como la alemana, una institución jurídica al servicio de la

---

<sup>64</sup>Contrariamente a lo que ocurre en el sistema español, donde el TC sí ha desarrollado una doctrina de los precedentes basada en el principio de igualdad y el TS ha quedado rezagado al respecto, el BVerfG se ha demostrado menos creativo que el BGH, y ha orientado la cuestión de la relevancia de sus decisiones a su reconocimiento fonticio. Las decisiones del BVerfG que no resuelven recursos de inconstitucionalidad, dice el mismo alto tribunal, no son vinculantes, es decir, no tienen carácter fonticio.

unidad y la evolución del derecho. Sin embargo, si el BGH es el motor de la evolución del derecho interpretado, el HR lo es, además de normas jurídicas, de reglas que regulan casos sobre los cuales el legislador no se ha pronunciado o declina hacerlo por falta de acuerdo. El mismo HR, en boca de su presidente Royer, y la doctrina holandesa reconocen en el HR a un sustituto del legislador (*wetgever-plaatsvervanger*). Esta posición es sólo comprensible desde el punto de vista del modelo de razonamiento jurídico adoptado: la denominada jurisprudencia de intereses (*belangengjurisdictie*). Es éste un modelo de razonamiento basado en la relevancia del caso concreto, en la vinculación del juez al derecho y a las circunstancias del asunto que conoce. Es un modelo, en fin, que entiende la actividad judicial como la interpretación del derecho y como el establecimiento de reglas que regulan el caso concreto.

Unidad, evolución y creación del derecho componen la casación holandesa; una casación que, como la alemana, fundamenta el seguimiento de las decisiones del HR, así como su divergencia. Sin embargo, la relevancia de las decisiones judiciales en la práctica judicial holandesa es más irregular, e incluso irracional, si se compara con la línea iniciada por el BGH en su sentencia 85, 64(66ff). El motivo creo que se deba encontrar en el desarrollo de la casación holandesa hacia posiciones creativas, un desarrollo que por el momento ha dejado al margen consideraciones sobre la racionalidad de la estructura argumentativa.

En la práctica judicial de jueces y tribunales inferiores, las decisiones del HR ofrecen modelos de cómo interpretar el derecho. Su seguimiento, al igual que ocurre en el razonamiento jurídico de jueces y tribunales españoles, está fundado en autoridad de su fuente material: el órgano de casación. En este sentido valen las críticas que en su momento hice para el caso español sobre la necesidad de incluir una técnica de divergencia tal que asegure el seguimiento consciente y racional, así como la divergencia justificada de los precedentes.

Por lo que se refiere al valor de los precedentes del HR en la práctica judicial de este alto tribunal, he diferenciado entre un uso inconsciente y otro consciente. El primero es el propio de un HR que entiende la casación como unidad en la interpretación: se limita entonces a citar los precedentes, traerlos al razonamiento y reiterar su contenido. Es éste un uso distinto del que reciben cuando el HR entiende que su función es la creación del derecho. Entonces sí utiliza conscientemente sus precedentes: los trae a la argumentación jurídica para valorarlos y decidir su modificación o abandono. La diferencia con la doctrina de los precedentes del BGH radica en que el HR basa la divergencia de sus precedentes en la coherencia del caso concreto, en la vinculación del juez a las circunstancias del caso que conoce. Es decir, no entiende la divergencia como una técnica argumentativa que



consiste en la justificación del cambio, sino más bien como un exigencia de un modelo de razonamiento creativo.

En la tensión entre predictibilidad de las decisiones y justicia, parece que el HR ha optado por lo último. Efectivamente, un seguimiento y divergencia de los precedentes basado exclusivamente en la coherencia del caso concreto permite un compromiso entre la legalidad y la aceptabilidad de la decisión. Sin embargo, ello se logra en detrimento de la racionalidad de la decisión ya que la regla de justicia no aparece como instrumento que racionalice, dentro de la argumentación jurídica, el seguimiento, la modificación y el abandono de las decisiones precedentes. El HR omite, por lo tanto, una técnica que ofrece al juez reglas concretas sobre el seguimiento y la divergencia de los precedentes, y cuya adopción revierte en la racionalidad de la argumentación jurídica.

De la inicial homogeneidad en la consideración de la casación (es un instrumento de control de la unidad en los tres sistemas analizados) se ha pasado a describir concepciones y funciones distintas de esta institución y del papel de las decisiones precedentes en la práctica judicial. He indicado las virtudes de un sistema (el alemán) y los defectos de otros (el español y el holandés). En ambos casos he incidido en la misma idea: la necesidad de fundar el precedente en la regla de justicia. De esta manera se confieren a las decisiones judiciales un uso interpretativo, que le es usual, y otro argumentativo, que es más novedoso.

Un modelo de uso de los precedentes basado en el argumento *ab exemplo*, de autoridad y en la regla de justicia beneficia, inmediatamente, la práctica judicial española y holandesa al ofrecer un fundamento racional para el seguimiento y la divergencia de los precedentes: tratamiento igual para casos iguales, y justificación del cambio. También beneficia la práctica de los tres sistemas analizados, al ofrecer reglas concretas de cómo usar los precedentes en la justificación interna y externa de las decisiones, coadyuvando, de esta manera, a la racionalidad de la argumentación.

## Conclusiones finales

Propongo, por lo tanto, un modelo de **vinculación relativa** según el cual los precedentes deben ser considerados por jueces y tribunales tanto para seguirlos, como para separarse de ellos o abandonarlos. Esta vinculación relativa ha recibido una **fundamentación gradual** que combina el argumento *ab exemplo*, el de autoridad y la regla de justicia. Los dos primeros justifican un **uso interpretativo** de los precedentes: las decisiones del órgano de casación son guías interpretativas cuya infracción motiva la revisión de la decisión in-

fractora. La regla de justicia (entendida como principio de justicia formal y principio de inercia) justifica un uso argumentativo de los precedentes: en la justificación interna de las decisiones, seguir el precedente significa garantizar la corrección lógico formal de la cadena argumentativa, es decir, su uso coadyuva al control de la consistencia de la argumentación; en la argumentación externa de las decisiones, no seguir el precedente significa aportar argumentos extra que justifiquen el cambio, es decir, su uso coadyuva a la racionalidad de la argumentación.

La adopción del anterior modelo normativo de justificación y uso de los precedentes beneficiará la casación al menos en dos sentidos. En primer lugar, la incorporación de una técnica de divergencia de los precedentes determinará que, además de la motivación del cambio, el tribunal de casación declare cual es el nuevo criterio interpretativo adoptado. De esta forma, los jueces y tribunales inferiores conocerían cuales son las líneas que guían su interpretación. Se logra así un efectivo control de la unidad del derecho interpretado, y se devuelve a la casación su carácter de recurso extraordinario<sup>65</sup>.

En segundo lugar, una casación que acepte un modelo de vinculación relativa, dará a los jueces y tribunales inferiores la posibilidad de evaluar la interpretación proveniente de sus órganos de casación correspondiente. Tal evaluación se reflejará en un uso consciente de los precedentes, tanto para seguirlos como para abandonarlos o interpretarlos.

La exigencia de motivar la divergencia de los precedentes permitirá que el control de la casación no se limite al examen de la reproducción o no de sus decisiones, sino a la racionalidad y corrección de la argumentación ofrecida para justificar el cambio. De ahí que el control de la casación no se limite a la unidad como mera reiteración, sino que se extiende ahora a la racionalidad de la argumentación.

Con el modelo normativo de fundamentación y uso de los precedentes, defendido a lo largo de estas páginas, he querido explicar y racionalizar la relevancia y el papel de las decisiones anteriores en los sistemas jurídicos continentales. Para ello, he querido hacer compatible el uso interpretativo de las decisiones (relacionado con el control de la unidad del derecho) y el uso argumentativo de las mismas (relacionado con el control de racionalidad de la argumentación). He ofrecido, para ello, una explicación conjunta al por qué y cómo se deben tener en cuenta los precedentes en la solución de casos futuros. Y he querido, en fin, poner en manos de jueces y tribunales un instrumento que les sea útil en la búsqueda de un compromiso racional y argumentado entre el derecho y la moral.

---

<sup>65</sup>Se quiere con ello poner fin al (ab)uso de la casación española como tercera instancia.

# Bibliografía

AARNIO, A., "On the Sources of Law", en *Rechtstheorie*, 15 (1984), pp. 393-401.

AARNIO, A., ALEXY, R., PECZENIK, A., "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, 12 (1991), pp. 133-158, 257-279 y 422-448.

ALEXANDER, L., *Precedent*, en *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, editado por D. Patterson, Blackwell, Oxford, 1996.

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985.

—, "Rechtssystem und praktische Vernunft", en *Rechtstheorie*, 18 (1987), pp. 405-419.

—, "Idée et structure d'un système du droit", en *Archives de philosophie du droit*, 74 (1988), pp. 23-38.

—, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

—, "Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse", en *Ratio Juris*, 4 (1991), pp. 143-152.

—, "Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", en *Ratio Juris*, 5 (1992), pp. 231-251.

—, "Justification and Application of Norms", en *Ratio Juris*, 6 (1993), pp. 155-170.

—, "Legal Argumentation as Rational Discourse", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXX (1993), pp. 165-177.

—, "Jürgen Habermas' Theory of Legal Discourse", en *Cardozo Law Review*, 17 (1996), pp. 1027-134.

ALEXY, R., DREIER, R., *Precedent in the Federal Republic of Germany*, en *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, editado por N. MacCormick y R. Summers, Dartmouth, Aldershot, 1997.

ALEXY, R., PECZENIK, A., "The Concept of Coherence and Its Significance for

Discursive Rationality", en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 130-147.

ATIENZA, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BAIER, K., *The Moral Point of View. A Rational Basis of Ethics*, Random House, New York, 1965.

BAYÓN MOHINO, J.C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razón práctica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

—, "Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente de Joseph Raz", en *DOXA*, 10 (1991), pp. 25-66.

BRUNS, R., *Zivilprozessrecht*, F. Vahlen, Múnich, 1979.

BYDLINSKI, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer, Viena, 1982.

—, "Hauptpositionen zum Richterrecht", en *Juristen Zeitung*, 40 (1985), pp. 149-155.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo. Discurso de apertura de los Tribunales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

—, *La posición constitucional del Tribunal Supremo. Discurso de apertura de los Tribunales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

CROSS, R., *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.

CHORUS, J., GERVER, P-H., HONDIUS, E., KOEKKOEK, A., *Introduction to Dutch Law. For Foreign Lawyers*, Kluwer, Deventer, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tecnos, Madrid, 1979.

—, *La jurisprudencia*, en *El Poder Judicial*, editado por el Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1990.

DRION, J., *Stare decisis. Het gezag van precedenten*, Martinus Nijhof, Den Haag, 1950.

DWARS, I., "Application Discourse and "Special-Case Thesis", en *Ratio Juris*, 5 (1992), pp. 67-78.

ELDERS, J.L.M., *Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des*

*sources de droit?*, en *Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, vol. 14, Kluwer, Deventer, 1974.

ENGISH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg Universität Verlag, Heidelberg, 1943.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987.

FIKENTSCHER, W., *Methoden des Rechts*, Mohr, Tübingen, 1977.

—. *Die Bedeutung von Präjudizien im heutiger deutschen Privatrecht*, en *Arbeit zur Rechtsvergleichung*, editado por E. von Caemmerer y H-H. Jescheck, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1985.

FISHER, W.R., *Judging the Quality of Audiences and Narrative Rationality*, en *Practical Reason and Public Affairs. Studies in Honor of Ch. Perelman*, editado por J.L. Golden y J.J. Pilotta, Reidel, Dordrecht, 1986.

FRIEDMAN, R.B., *On the Concept of Authority in Political Philosophy*, en *Authority*, editado por J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990.

FRIEDRICH, C.J., "The Problem of Authority in Legal Reasoning", en *ARSP*, 59 (1973), pp. 179-192.

GALGANO, F., "Giuridizione e giurisprudenza in materia civile", en *Contratto e impresa*, 1 (1985), pp. 29-48.

GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

GIANFORMAGGIO, L., *Gli argomenti di Perelman: dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Edizioni di Comunità, Milán, 1973.

GOLDSTEIN, L., (ed.) *Precedent in Law*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1987.

GORLA, G., voz *Precedente Giudiziario*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

GOTTWALD, P., "Richterliche Entscheidung und rational Argumentation", en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 98 (1985), pp. 113-130.

GRIFFITHS, J., "Assisted Suicide in the Netherlands: the *Chabot Case*", [traducción inglesa de la decisión del HR de 21 junio 1994, NJB 1994, 656], en *The Modern Law*

*Review*, 58 (1995), pp. 232-248.

GÜNTHER, K., "The Idea of Impartiality and the Functional Determinacy of the Law", en *Northwestern University Law Review*, 83 (1984), pp. 152-183.

—, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988.

—, "A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification", en *Ratio Juris*, 2 (1989), pp. 155-166.

—, *The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law*, en *Critical Legal Thoughts: An American-German Debate*, editado por Ch. Jörges y D.M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989.

—, "Universalistische Normbegründung und Normanwendung", en *ARSP*, 45 (1992), pp. 36-76.

—, "Critical Remarks on Alexy's 'Special-Case Thesis'", en *Ratio Juris*, 6 (1993), pp. 143-156.

—, "Warum es Anwendungsdiskurse gibt", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 1 (1993), pp. 379-389.

—, *The Sense of Appropriateness*, traducción inglesa de J. Farrel, State University of New York Press, Albany, 1993.

—, "Legal Adjudication and Democracy", en *European Journal of Philosophy*, 3 (1995), pp. 36-54.

—, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *DOXA*, 17-18 (1995), pp. 271-302.

GUSY, CH., "Richterrecht und Grundgesetz", en *Die öffentliche Verwaltung*, 45 (1992), pp. 461-470.

HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

—, *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethic*, traducción inglesa de C. Cronin, Polity Press, Cambridge, 1993.

—, *Between Facts and Norms*, traducción inglesa de W. Rehg, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.

HIRSCH BALLIN, E.M.H., *Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde*, en *De Hoge*

*Raad der Nederlanden: De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.

JESSURUM D'OLIVEIRA, H.U., *De meerwarde an rechterlijke uitspraken, en Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, vol. 10, Kluwer, Deventer, 1973.

KOCH, H.-J., RÜSSMANN, H., *Jusristische Begründungslehre*, C.H. Beck, München, 1982.

KOOPMANS, T., *De Hoge Raad en buitenlandse hoogste gerechten, en Juridisch stippelwerk*, editado por T. Koopmans, Kluwer, Deventer, 1991.

KOTHE, P., "Vorlage, Richterrecht und Anspruch auf den gesetzlichen Richter", en *Die öffentliche Verwaltung*, 41 (1988), pp. 284-290.

KOTTENHAGEN, *Van precedent tot precedent*, Gouda Quint, Arnhem, 1986.

KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

—, *Das Präjudiz im kontinental-europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis*, en *La sentenza in Europa, metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padova, 1988.

KRONMAN, A.T., "Precedent and Tradition", en *The Yale Law Journal*, 99 (1990), pp. 1029-1068.

LA LAGUNA, E., *Jurisprudencia y fuentes del derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1969.

LARENZ, K., *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en *Festschrift für H. Schima*, editado por H. Walter Fasching y W. Králik, Viena, 1969.

—, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª edición, Springer, Berlin, 1983.

LINDO, C., "Cassatie in de negentiger jaren", en *Nederlands Juristenblad*, (1995), pp. 883-890.

LOMBARDI, L., voz *Giurisprudenza*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1989.

LÜKE, W., *Die Bedeutung von Präjudizien im deutsche Zivilprozess*, en *Recht und Verfahren*, editado por K. Kroeschell, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993.

LYONS, D., "Formal Justice, Moral Commitment and Judicial Precedent", en *The Journal of Philosophy*, 10 (1984), pp. 380-387.

—, "Formal Justice and Precedent", en *Vanderbilt Law Review*, 38 (1985), pp. 495-512.

MACCORMICK, N., *Formal Justice and the Form of Legal Arguments*, en *Études de logique juridique*, editado por Ch. Perelman, Centre national de recherches de logique, Bruselas, 1976.

—, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

—, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, en *Precedent in Law*, editado por L. Goldstein, Clarendon Press, Oxford, 1987.

—, "Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reasoning", en *Journal of Law and Society*, 10 (1983), pp. 1-18.

MCCARTHY, T., *Practical Discourse. On the Relation of Morality to Politics*, en *Ideals and Ilusions: On Reconstruction and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*, editado por T. McCarthy, The MIT Press, Cambridge, 1991.

MISCHKE, C., "The Inseparability of Powers: Judge-Made Law in the German Legal System", en *Publiekreg/Public Law*, 7 (1992), pp. 253-263.

MÜLLER, F., *Richterrecht -rechtstheoretisch formuliert*, en *Richterliche Rechtsfortbildung. Festschrift der Juristischen Fakultät für 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg*, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986.

NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

NINO, C., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.

OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

OLZEN, D., "Die Rechtswirkungen geänderter höchstrichterlicher Rechtssprechung in Zivilsachen", en *Juristen Zeitung*, 40 (1985), pp. 155-163.

OPPENHEIMER, J., "Richterliche Rechtsfortbildung und Gesetzgebung", en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3 (1988), pp. 57-75.

OTTO, I. DE, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

—, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.



PECZENIK, A., *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Springer Verlag, Viena, New York, 1983.

—, "Legal Reasoning as Special Case of Moral Reasoning", en *Ratio Juris*, 1 (1988), pp. 123-136.

—, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989.

—, "Sui Precedenti vincolanti", en *Ragion Pratica*, 6 (1996), pp. 35-43.

PECZENIK, A., ALEXY, R., "The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality", en *Ratio Juris*, 3 (1990), pp. 130-147.

PERELMAN, CH., *The Idea of Justice and the Problem of Argument* (1963), traducción inglesa de J. Petrie. Routledge and Kegan Paul, Londres, 1977.

—, *The New Rhetoric and the Humanities*, traducción inglesa de W. Kluback. Reidel, Dordrecht, 1979.

—, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Toulouse, 1979.

—, *Justice, Law and Argument*, traducción inglesa Cap. 1 de J. Petrie, Cap. 2-6 y 17 de S. Rubin, Cap. 8 de G. Bird, Cap. 9 de M.T. Dalgarno, Cap. 10 de H. Relihan y Cap. 11-16 de W. Kluback. Reidel, Dordrecht, 1980.

PERELMAN, CH., OLBRECHTS-TYTECA, L., (1958) *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Universidad de Bruselas. Bruselas, 1970.

PILNY, H.L., *Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht*, Nomos Verlag. Baden-Baden. 1993.

POSTNER, R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1990.

PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993.

PUNT, B.C., *The Motivation of Judgements*, en *Netherlands Report to the X Congress of Comparative Law*, Kluwer, Deventer, 1978.

RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción española de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, México, 1985.

—, *The Morality of Freedom*. Clarendon Press, Oxford, 1986.

—, "Facing up", en *Southern California Law Review*, 62 (1989), pp. 1153-1235.

—, *Authority and Justification*, en *Authority*, editado pro J. Raz, Basil Blackwell, Oxford, 1990.

- , *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruíz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- , “On the Autonomy of Legal Reasoning”, en *Ratio Juris*, 6 (1993), pp. 1-15.
- REMARQUE, E.M., *Arc de Triumphe*, Kiepenheuer & Witsch, Köhl, 1945.
- REQUEJO PAGES, J.L., “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29 (1990), pp. 223-240.
- ROBBERS, G., “Rückwirkende Rechtsprechungsänderung”, en *Juristen Zeitung*, 10 (1988), pp. 481-489.
- RODRÍGUEZ DEL BARCO, J., “La jurisprudencia como fuente jurídica del nuevo Título Preliminar del Cc”, en *Revista de Derecho Privado*, (1975).
- RÜSSMAN, H., KOCH, H.-J., *Juristische Begründungslehre*, C.H. Beck, Múnich, 1982.
- SCHAUER, F., “Precedent”, en *Stanford Law Review*, 39 (1987), pp. 571-605.
- , *Playing by the Rules*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- SCHELTEMA, M., *De verwachtingen voor de toekomst*, en *De Hoge Raad der Nederlanden: De plaats van de Hoge Raad in de huidige staatsbestel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.
- SCHLÜCHTER, E., *Mittlerfunktion der Präjudizien*, de Gruyter, Berlín, 1986.
- SCHLÜTER, W., *Das Obiter dictum*, C.H. Beck, Múnich, 1973.
- SCHOLTEN, P., *Algemene deel*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1974.
- SENDER, H., “Überlegungen zum Richterrecht und richterlicher Rechtsfortbildung”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 103 (1988), pp. 828-839.
- SUMMERS, R., TARUFFO, M., *Interpretation and Comparative Analysis*, en *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, editado por R. Summers y D.N. MacCormick, Alderstot, Dartmouth, 1991.
- SWIBERT, M.-J., “Wirkungen der Entscheidungen des BVerfG”, en *Juristische Schulung*, 7 (1988), pp. 49-56.
- TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.
- TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Il Mulino, Bolonia, 1991.

—. "Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. XLVIII (1994), pp. 19-36.

—, "Per un'analisi comparata del precedente giudiziario", en *Ragion Pratica*, 6 (1996), pp. 55-64.

—, "Dimensioni del precedente giudiziario", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. XLVIII (1994), pp. 411-430.

TARUFFO, M., SUMMERS, R., *Interpretation and Comparative Analysis*, en *Interpreting Statutes: a Comparative Study*, editado por R. Summers y D.N. MacCormick, Dartmouth, Alderston, 1991.

TUGENDHAT, E., *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht*, en *Argumentation und Recht*, editado por W. Hassemer, A. Kaufmann y U. Neumann, Steiner, Wiesbaden, 1980.

TUORI, K., "Discourse Ethics and the Legitimacy of Law", en *Ratio Juris*, 2 (1989), pp. 125-143.

VAZQUEZ BOTE, E., "El sistema de fuentes y la LOPJ", en *Revista de Derecho inmobiliario*. (1986).

VIVES, T.S., "Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional", en *Poder Judicial*, 2 (1986), pp. 9-13.

VRANKEN, J.B.M., *Algemene deel. Asser-Serie*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1995.

VRIES, L. DE, "De Hoge Raad als pseudo-wetgever", en *Nederlands Juristenblad*, 61 (1986), pp. 34-36.

WANK, R., "Richteliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht", en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaft*. 3 (1988), pp. 314-380.

WAGNER-DÖBLER, R., PHILIPPS, L., "Präjudizien in der Rechtsprechung: statische Untersuchungen anhand der Zitierpraxis deutscher Gerichte", en *Rechtstheorie*, 23 (1992), pp. 228-241.

WEINBERGER, O., *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, en *Metatheorie juristischer Argumentation*, editado por W. Krawietz y R. Alexy, Duncker & Humblot, Berlín, 1983.

—, "Conflicting Views on Practical Reason. Against Pseudo-Arguments in Practical Philosophy", en *Ratio Juris*, 5 (1992), pp. 253-267.

- , "Basic Puzzles of Discourse Philosophy", en *Ratio Juris*, 9 (1996), pp. 172-181.
- WINTGENS, L.J., "Coherence of the Law", en *ARSP*, 79 (1993), pp. 483-519.
- WRIGHT, G.H., *Explanation and Understanding*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1971.
- WRÓBLEWSKI, J., "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions", en *Rechts-theorie*, 3 (1974), pp. 33-46.
- , *La jurisprudence et la doctrine juridique en tant que source de droit*, en *Rapports Polonais*, Ossolineum, Varsovia, 1974.
- , *Autorité et raison en droit*, en *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, editado por P. Vassart, Nemesis, 1988.
- , *La constitución y la teoría general del la interpretación práctica*, traducción española de A. Azurda, Civitas, Madrid, 1988.
- , *"Sentido" y "Hecho" en el derecho*, traducción de F.J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- , *The Judicial Application of Law*, editado por Z. Bankowski y N. MacCormick, Kluwer, Dordrecht, 1992.
- XIOL RÍOS, J.A., "El precedente judicial en nuestro Derecho", en *Poder Judicial*, 3 (1982), pp. 25-40.







